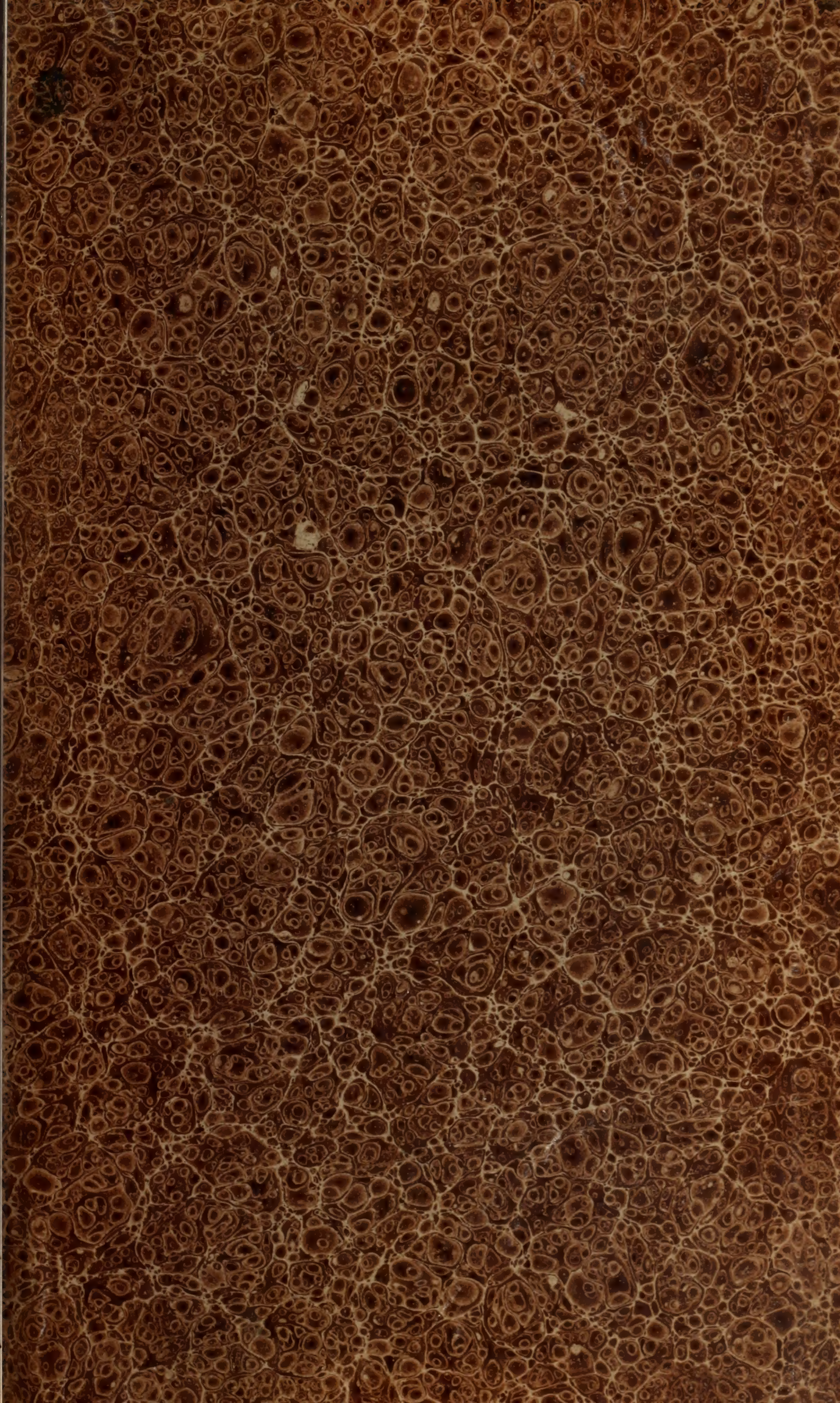

C. THEORET
LAW BOOKSELLER
PUBLISHER, IMPORTER
& BOOKBINDER.
MONTREAL



DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ.

COMMENTAIRE DU TITRE V, LIVRE III,
DU CODE CIVIL :

DU CONTRAT DE MARIAGE

ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

I.

Paris. — Imprimerie de Wittersheim, 8, rue Montmorency.

LE DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE,
DEPUIS ET Y COMPRIS LE TITRE DE LA VENTE.

DU CONTRAT DE MARIAGE

ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

COMMENTAIRE
DU TITRE V, LIVRE III, DU CODE CIVIL,

PAR M. TROPLONG,

PREMIER PRÉSIDENT DE LA COUR D'APPEL DE PARIS, MEMBRE DE L'INSTITUT,
OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR.

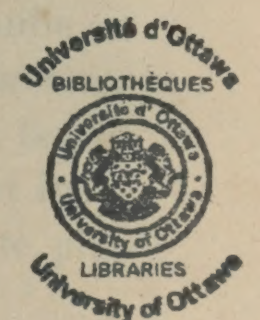
DEUXIÈME ÉDITION,

AUGMENTÉE
D'UNE TABLE ALPHABÉTIQUE ET ANALYTIQUE DES MATIÈRES.

—

TOME PREMIER.

—



PARIS,
CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
12, RUE DE SEINE.

—

1851.



PRÉFACE.

« Nihil conspiciebatur, in domo, dividuum. »
(Columelle, XII, *préface.*)

Je ne sais si, comme on le dit quelquefois, le contrat de mariage est le premier de tous les contrats ; il suffit qu'il soit l'un des plus importants pour mériter à un haut degré notre attention. Il organise le régime intérieur de la plus antique et de la plus nécessaire des associations (1), de celle d'où naît la famille, et d'où naissent ensuite, par un enchaînement providentiel, les sociétés plus étendues dont la famille est la molécule. L'homme n'est pas né pour vivre seul ; la solitude pèse sur son cœur, qui a besoin d'aimer et d'être aimé. Pour sortir de cet isolement, il n'a pas de compagnie plus honnête, plus

(1) *Maritale conjugium sic comparatum est naturâ, ut non solùm jucundissima, verùm etiam utilissima vitæ societas iniretur* (Cicér., *Œconomic.*, lib. 1, édit. Panck., t. 35, p. 91).

consolante et plus favorisée des bénédictions divines que le mariage. *Neque aliud probis quam ex matrimonio solatium*, dit Tacite (1). Le contrat de mariage, qui s'ajoute au mariage pour présider à l'économie domestique et faire fleurir l'association, a donc toute la gravité du mariage lui-même, et c'est à tous les deux indistinctement que s'appliquent ces paroles de Platon : « Pour » qu'une république soit bien ordonnée, les » principales lois doivent être celles qui règlent » le mariage (2). »

C'est un grand signe des bonnes mœurs d'une cité que le respect du mariage. Il ne suffit pas que les jurisconsultes en donnent de belles définitions ; que le législateur lui assure, dans ses codes, le rang et la dignité qui lui appartiennent ; que la religion le prenne sous son égide et fasse remonter à une source divine cette base des sociétés humaines. Il faut encore que les mœurs ne soient pas en opposition avec ces idées, et que le citoyen pratique, dans la vie du monde, ce que lui enseigne la sagesse de ses grands instituteurs.

---

(1) *Annal.*, IV.
(2) *De legib.*, 4.

L'histoire nous offre deux époques mémorables, depuis les Romains jusqu'à nos jours, où le discrédit du mariage dégrada la société et compromit son existence : la première fut une époque d'extrême civilisation; la seconde, une époque d'extrême barbarie. Là le monde était païen; Auguste régnait à Rome, et tous les efforts de la philosophie et de la loi furent trop faibles pour rendre au mariage sa dignité. Ici, le monde était catholique; les papes régnaient à la place des empereurs, et le Christianisme, plus puissant que la sagesse païenne, sauva le mariage, la famille, la société.

C'est assurément un des travers les plus curieux de l'esprit humain, que les abus du divorce et les honneurs de l'état célibataire, qui signalèrent la fin de la république romaine, ainsi que le règne des premiers empereurs. Le divorce était une mode et une spéculation, le mariage un essai passager et une courte fantaisie. Mais ce qui est plus singulier encore que cette légèreté si surprenante chez un peuple qui passe pour si constant, c'est la faveur du célibat, c'est la popularité de la vie libre, à côté et comme conséquence de ce relâchement du lien matrimonial. Il semble que plus le mariage est indissoluble, plus il a des chaînes effrayantes pour les esprits

changeants (qui ne sont pas les moins nombreux); et qu'au contraire, plus le mariage est facile à rompre, plus il tente les cœurs légers, qui craignent les longs engagements. Eh bien! c'est un phénomène contraire qui se manifesta à Rome. Autant le mariage y était fragile et précaire, autant il inspira d'éloignement à la foule éprise du célibat : d'où l'on pourrait conclure que le mariage est une de ces choses qui attachent en raison de la contrainte qu'elles imposent. Un satirique romain (1) nous a laissé le tableau à la fois risible et désolant de cette immense aberration des Romains; prenant à partie la ville de Crotone, c'est-à-dire, une Rome au petit pied, ou, mieux encore, Rome elle-même, stigmatisée sous ce nom emprunté, il nous montre le célibataire adulé par des bandes de quêteurs d'héritages (2), recevant les présents et les caresses des hérédipètes, vendant son testament pour de vains honneurs et de honteux plaisirs : « Tout ce qui est ici se partage entre les courtisés » et les courtisans (*aut captantur, aut captant*). » A Crotone, personne n'élève de famille, « *in hac*

(1) Pétrone, *Satyr.*, 116.

(2) *Incidimus in turbam hæredipetarum*, § 114.

» *urbe nemo liberos tollit*); quiconque a des héri-
» tiers naturels se voit exclu des soupers et des
» spectacles ; tous les avantages de la société lui
» sont interdits ; il est perdu dans la foule igno-
» minieuse (*inter ignominiosos*). Ceux, au con-
» traire, qui n'ont jamais pris femme, ou qu'au-
» cun proche parent ne lie, parviennent aux plus
» hautes dignités. Ils ont seuls les talents mili-
» taires, ils sont seuls braves, seuls innocents
» devant la justice. »

Sous l'hyperbole du roman, il y a là la vérité de la vie privée des Romains. Les célèbres lois d'Auguste portées contre le célibat en sont la preuve ; mais elles ne purent rendre au mariage son lustre effacé. Ces lois tiraient leur force de la politique ; il aurait fallu leur donner celle des mœurs, et le paganisme n'était pas assez puissant pour cette régénération.

Au moyen âge, ce ne fut pas le célibat qui fit la guerre au mariage, ce fut la pluralité des mariages et le concubinage. Le célibat, revêtu d'un caractère austère, ne fut qu'une loi difficile, imposée aux ecclésiastiques dans des vues de perfection ; il n'était pas un état hostile dont les institutions de la famille eurent à s'inquiéter. Mais les répudiations, les divorces et le concubinage, répandus dans toutes les classes, et encouragés

par les scandales des rois et des grands, furent la plaie de l'époque et la cause du trouble dans les unions, de la perturbation dans l'état civil, et d'une effroyable dissolution dans les mœurs. L'Église lutta; elle s'arma des décrets des conciles et des foudres de l'excommunication. Elle agit par la persuasion et par la terreur des peines. Le mariage resta victorieux. Il s'éleva à la véritable hauteur où l'a placé le Christianisme. A la faveur de cette restauration, il est resté un sacrement dans l'ordre spirituel, et un lien indissoluble dans la loi. C'est un des plus grands services que l'Église ait rendus à la civilisation moderne.

La France en recueille aujourd'hui les fruits, et elle les recueille avec reconnaissance pour les philosophes chrétiens qui, de bonne heure, ont déposé dans son éducation la source de cette bonne doctrine. C'est, en effet, une justice à rendre à la nation française que l'accord des convictions populaires avec les rigoureux préceptes de la religion et de la loi, sur la question du mariage. La nation française croit avec une foi profonde à la sainteté de l'union conjugale, à son utilité sociale, au caractère légalement et nécessairement exceptionnel dont elle est revêtue par rapport aux autres contrats, aux devoirs réciproques attachés à cet engagement de

toute la vie. Ce n'est pas là une conviction superstitieuse et crédule : où sont aujourd'hui les superstitions? où sont les idoles qu'adorent par faiblesse les consciences subjuguées? C'est la raison, l'honnêteté, la pudeur, qui parlent en faveur du mariage; la France n'a jamais été sourde à leur voix.

Elle l'a bien montré dans ces derniers temps, lorsque certaines sectes novatrices, qui font entrer l'abolition, ou, si l'on veut, la transformation du mariage dans leurs plans de régénération, ont osé toucher ce point délicat. Si elles ont réussi quelquefois à faire vibrer la fibre populaire en s'adressant à certains appétits, en prophétisant certaines jouissances matérielles, elles n'ont inspiré que la répugnance ou l'aversion quand elles ont englobé le mariage dans les conceptions de leur cité nouvelle. Le bon sens public s'est tenu en garde, les bonnes mœurs se sont révoltées, le ridicule et le mépris ont fait le reste. On avait cru en finir cependant avec la France du 19e siècle, de même que les barbares, venus du Nord, avec l'empire romain ; et, comme si les destinées de la société fussent accomplies, on avait promulgué un droit nouveau, la famille reconstituée, la femme émancipée, le mariage affranchi, la propriété abolie, ou (ce qui est plus joli) perfection-

née. Il n'y manquait qu'un point : c'était de changer l'homme moral et physique ; je crois qu'on en a dit quelque chose. Mais on ne détruit pas une société fondée sur le droit, et un droit fondé sur la raison, comme on culbute un vieil empire dégénéré qui, se sentant mourir de consomption, laisse ses terres sans culture, ses cités sans commerce, ses peuples sans lendemain. Pour ce qui concerne le mariage, la susceptibilité nationale a été si forte, qu'elle n'a même pas voulu entendre parler du divorce, qu'on lui proposait comme transaction ; et le peuple (j'entends surtout le peuple des ateliers et le peuple des campagnes) n'a pas été moins ardent que les sages à repousser ce fatal présent. Le divorce lui enlèverait la paix de la famille, la société des joies et des peines, ces pures affections du foyer domestique qui font sa principale consolation. Ce n'est pas à lui que s'adresse le divorce ; il n'y a guère d'exemples qu'il en ait usé. Le divorce est plutôt recherché par les esprits blasés ou inquiets, par ces existences oisives, tourmentées et romanesques, qui font tourner contre leur propre bonheur la culture de leur intelligence, et se rendent malades par où d'autres ont coutume de se guérir.

Le contrat de mariage, en s'ajoutant au ma-

riage, en suit le caractère : il est libéral quand le mariage est fondé sur des principes libéraux ; il est empreint de dureté et d'égoïsme quand le mariage exclut la réciprocité et l'égalité dans les rapports des deux époux. En un mot, suivant que la femme est plus ou moins dépendante de l'autorité maritale, il est plus ou moins favorable à ses intérêts. Dans les sociétés où la femme est placée sous l'autorité souveraine du mari, le contrat de mariage veille moins pour elle que pour le mari ; mais, par contre, il lui prodigue les garanties quand sa position est celle d'une compagne qui puise, dans des rapports voisins de l'égalité, des droits à faire valoir et à conserver. Trois grands systèmes se sont produits dans la jurisprudence, sous l'influence de cette distinction. Le premier est celui où le mari dote la femme ; c'est le système primitif, et il se manifeste sous deux aspects. Dans les temps héroïques ou barbares, cette dot du mari n'est que le prix qu'il paye pour acheter sa femme : l'achat de la femme est un trait caractéristique dans tous les siècles héroïques (1). Lorsque ensuite

(1) M. Kœnigswarter a parfaitement développé ce point d'histoire (*Revue de législation*, 1849, p. 145). Nous allons y revenir.

une civilisation plus avancée a donné à la femme une dignité personnelle incompatible avec un achat, le prix devient un douaire : le douaire n'est qu'un dérivé de l'achat ; c'est un achat revêtu d'un nom plus honorable, d'un caractère plus doux.

Le second système est celui où la femme se dote elle-même ; ce système a l'avantage sur le précédent : il procède d'un état d'émancipation de la femme. La femme, contribuant par son apport à soutenir les charges du mariage, a le droit que donne une mise de fonds, et la loi ou la convention prennent des sûretés contre le mari pour que l'épouse ne la perde pas.

Le troisième système fait un pas de plus : non-seulement la femme se dote elle-même, mais elle entre en communauté avec son mari ; elle contribue à former avec lui un capital social qui devient commun, et tous les bénéfices de cette communauté se partagent comme les pertes.

Ce dernier système est le système français ; il est né sur la terre de France ; il s'y est développé dans la plus grande étendue. Il est celui qui réalise le mieux et le plus complétement les idées d'association sur lesquelles les nations civilisées font reposer le mariage. Tous les livres de droit et de morale ne cessent de parler de l'intime

union du mari et de la femme : *consortium omnis vitæ ;* mais aucune législation avant la législation coutumière française n'avait fait passer, dans le régime des biens respectifs des époux, la communauté qui règne entre leurs personnes. Prenez, par exemple, un économiste latin, Columelle ; il porte aux nues un ménage où tout est confondu, où aucun des époux ne peut dire qu'une chose lui appartienne sans qu'elle n'appartienne à l'autre :

« Erat summa reverentia cum concordiâ et di- » ligentiâ mixta ; flagrabatque mulier pulcherri- » mâ diligentiæ æmulatione, studens negotia viri » curâ suâ majora atque meliora reddere. *Nihil » conspiciebatur, in domo, dividuum, nihil quod aut » maritus aut femina proprium esse juris sui dice- » ret ; sed in commune conspirabatur ab utroque, ut » cum forensibus negotiis, matrimonialis sedulitas » industriæ rationem parem faceret* (1). » Quel plus bel éloge de la communauté? quel tableau plus vrai d'un ménage uni et bien ordonné? Ce n'est pourtant pas ainsi que les choses se passaient à Rome, et cette peinture est un idéal qui

(1) Préface du livre XII, *De re rusticâ*, dans lequel il trace les devoirs de la *Villica*.

n'a eu sa réalisation que depuis l'établissement du régime de la communauté. Était-ce, en effet, sous les auspices du régime dotal que Columelle avait vu cette heureuse confusion des intérêts de la femme et des intérêts du mari? Non : car le régime dotal est, comme nous le verrons plus tard, un régime de séparation, et quand la femme travaille, ce n'est pas pour elle, c'est pour son mari. Ou bien, est-ce le régime de la *manus*, ce régime des temps anciens et regrettés, auquel Columelle fait allusion, qui lui avait offert le spectacle de ces mariages fortunés? Mais la *manus*, qui mettait la femme dans la puissance souveraine de son mari avec tous ses biens, n'arrivait à l'indivision de la fortune des époux, qu'en donnant tout à l'un, et rien à l'autre. Ce n'était pas l'unité produite par l'association : c'était une identité tyrannique achetée par le sacrifice d'un intérêt au profit de l'autre. J'avoue cependant que l'affection conjugale, meilleure conseillère que la loi, avait connu quelquefois et deviné les avantages de la communauté, et en avait fait des essais accidentels : témoin cette charmante poésie de Martial :

« Heureuse par votre grande âme, heureuse par votre époux, Nigrina, la gloire des femmes du Latium ! vous rendez les biens de votre héritage

paternel *communs à vous et à votre mari ;* vous aimez à l'associer à votre fortune et à la partager avec lui. Qu'Evadné se jette et se brûle sur le bûcher de son époux; qu'un égal dévouement porte jusqu'aux astres la renommée d'Alceste : votre gloire, à vous, brille davantage. En donnant, pendant votre vie, une preuve de votre générosité, vous avez mérité de n'avoir pas à donner, par votre mort, une preuve de votre amour (1). »

Encore une fois, ce n'est pas là le tableau exact des pratiques romaines : ce sont de ces unions qui se distinguent des autres, autant par leur rareté, que par leur caractère de supériorité.

Mais quand on pénètre dans les mariages régis par la communauté française, c'est là que dans la maison, comme dit Columelle, on n'aperçoit rien qui ne soit commun; c'est là que le mari et la femme vivent dans une véritable indivision; c'est là que chaque époux, en travaillant pour soi,

---

(1) O felix animo, felix, Nigrina, marito,
Atque inter Latias gloria prima nurus!
Te patrios miscere juvat cum conjuge census,
Gaudentem socio participique viro.
Arserit Evadne flammis injecta mariti,
Nec minor Alcestem fama sub astra ferat :
Tu meliùs ; certo meruisti pignore vitæ,
Ut tibi non esset morte probandus amor.

(*Epigramm.*, lib. 4, ep. 75.)

travaille aussi pour son conjoint. Du reste, le moment n'est pas encore venu de comparer le régime de la communauté avec le régime dotal. Ce parallèle viendra plus tard. Contentons-nous de prendre acte de cet hommage rendu au système de la communauté par des écrivains qui cherchent le meilleur arrangement de la société domestique, et qui en trouvent le chef-d'œuvre dans l'association de l'industrie des époux, dans la communication réciproque des mêmes droits, dans la participation aux mêmes biens : toutes choses qui n'ont jamais eu qu'une vérité accidentelle ou métaphorique dans les anciennes sociétés, et qui n'existent d'une manière sérieuse et légale que dans notre régime de la communauté.

Chose digne de remarque! ce régime, qui s'est établi de lui-même, dans l'obscurité et l'ignorance du moyen âge, en prenant son fondement dans un rapport d'égalité entre le mari et la femme, a été beaucoup plus sage et plus profond dans ses instincts, que ne le furent les très-savants interprètes du 16e siècle qui ont entrepris de l'expliquer. Beaucoup d'entre eux, en effet, s'effrayent du rôle que la femme est appelée à y jouer ; et, pleins d'une injuste prévention pour son sexe, ils regrettent naïvement les temps racontés par Jules-César, où les Gaulois tenaient

leurs épouses sous leur dépendance. Ecoutons, par exemple, cette tirade de d'Argentré, savant homme, vif et sagace jurisconsulte, mais espèce de Caton de Bretagne, qui veut traiter une femme chrétienne, comme on traitait la femme païenne dans les temps barbares de l'antiquité romaine ou druidique :

« Sunt enim in hoc animante effrenes motus, » efferata iracundia, impetus concitati, magna » consilii inopia, et imbecillitas judicii, superbia » indomita. Sexus ipse ad commercia et frequen- » tandos hominum cœtus inhabilis, et multis in- » sidiis obnoxius, quod Imperator, dictâ l. *Meri-* » *tus*, C., *de procurat.*, advertit... Melior gentium » sensus, et transmissa antiquissimi moris exem- » pla ab vetustissimis Gallis, qui uxores fortu- » nasque earum in potestate habuisse, à Cæsare » traduntur (1). »

« Il y a dans cet animal des mouvements effrénés, une colère aveugle, une impétuosité qui bouillonne, une grande pauvreté de bon sens, une extrême faiblesse de jugement, un orgueil indomptable. Ce sexe, inhabile à fréquenter les réunions d'hommes, et à se mêler, en général, au

(1) Sur Bretagne, *Des mariages*, art. 410, glose 2, n° 2.

commerce de la société, est exposé à toute sorte d'embûches, ainsi que le fait observer la loi romaine. Combien est préférable le système des peuples tels que les Gaulois, qui, d'apres César, tenaient en puissance leurs femmes et leurs fortunes (1)! »

Cette sortie n'est pas hors de propos de la part du commentateur de la coutume de Bretagne, de cette coutume qui disait dans sa plus ancienne rédaction : « Toutes malices peuvent être plu- » tôt ès femmes qu'ès hommes (2). »

Coquille, aussi, parle souvent de l'avarice des femmes (3), et ne leur ménage pas les jugements malveillants et iniques (4). En cela, ce judicieux auteur, comme on est convenu de l'appeler, manque totalement de jugement.

Mais c'était la mode, au 16e siècle, parmi les jurisconsultes, de médire des femmes, et cette mode était un fruit des études classiques, un souvenir de la civilisation antique, où les sages

(1) *De bello gallico*, 6, 19. Les maris avaient droit de vie et de mort sur leurs femmes.

(2) Art. 80.

(3) *Infrà*, nos 1531 et 1561.

(4) *Infrà*, no 2122.

affectaient de tenir assez peu de compte du sexe, et où les lois s'efforçaient sans cesse de restreindre sa liberté et sa capacité. Lisez, en effet, les auteurs latins dans lesquels nous faisons notre éducation, et qui nous apprennent, du reste, tant de choses excellentes; vous verrez, je l'avoue, çà et là l'éloge de quelques femmes célèbres : de Cornélie, mère des Gracques; d'Aurélia, mère de César; d'Atia, mère d'Auguste, femmes d'élite qui présidèrent à l'éducation de leurs fils, et en firent des hommes supérieurs (1). Mais, en général, ils se plaignent des femmes de leur temps, de ces mères qui, même avant de mettre leurs fils au monde, semblent leur inoculer, dans le sein maternel, les vices propres à la ville de Rome, l'amour des frivolités, le goût des spectacles, la passion pour les histrions (*histrionalis favor*) (2); de ces épouses aux mœurs déréglées, qui ruinent leurs maris, absorbent pour leur toilette des revenus entiers, et méprisent les traditions vertueuses des mères Sabines et Romaines (3). Voilà à quelles sources nos jurisconsultes

---

(1) Tacite, *De claris orat.*, 28.
(2) *Id.*
(3) Columelle, XII, *préface.*

du 16e siècle allaient s'inspirer, se formant ainsi un type de convention. Mais à quoi bon tous ces portraits satiriques? On sait bien que les femmes ont leurs défauts : n'ont-elles pas aussi des qualités excellentes qu'une bonne ordonnance domestique fait tourner à l'avantage commun? Quand même on pourrait leur reprocher à toutes l'entêtement que Montaigne donne, comme apanage, aux femmes de la Gascogne (1); quand elles auraient, au lieu de la douceur qui leur est naturelle, l'emportement dont d'Argentré les gratifie, n'est-il pas vrai qu'elles ont certainement en partage la diligence de la mère de famille, la tendre sollicitude qui veille sur les enfants (2), l'économie (3), le dévouement, l'affection, vertus essentielles qui mettent, dans le mariage, *l'utilité, la justice, l'honneur et la constance* (4)? Cicéron, plus juste que beaucoup de ses compatriotes, a remarqué que, si l'homme est plus propre aux travaux extérieurs, la femme

---

(1) Liv. 2, chap. 32.

(2) *Mater, cujus præcipua laus erit tueri domum et inservire liberis.*

Tacite, *De claris orat.*, 28.

(3) *Infrà*, no 1566.

(4) Montaigne, 3, 5.

convient davantage aux travaux intérieurs et aux soins domestiques (1). L'un amasse, l'autre conserve; l'un supporte les fatigues des armées, de l'agriculture, du commerce, de l'étude; l'autre, ceux de la maternité et du gouvernement de la maison. La femme est timide, voilà pourquoi elle est vigilante : car la timidité contribue à entretenir la vigilance : *Metus plurimùm confert ad diligentiam custodiendam* (2). Les époux ont besoin l'un de l'autre : *Alterum alterius indigere natura voluit*. L'avantage qui manque à l'un, c'est l'autre qui le possède, et réciproquement : *Quod alteri deest, præstò plerùmque est alteri*.

Voilà de quelle morale nos légistes du 16e siècle auraient dû s'inspirer pour expliquer le système de la communauté, ce progrès de la civilisation chrétienne. Ce fut un tort de leur part d'avoir cédé à d'autres dispositions d'esprit. Mais ce qu'il y a de certain, c'est que la jurisprudence coutumière, dominée par la puissance des mœurs, porta des jugements tout différents sur les rapports conjugaux; qu'elle mit toute la

---

(1) *Œconomic.*, *loc. cit.*
Columelle a cité ce fragment dans son livre *De re rusticâ*, XII, *préface*.
(2) *Loc. cit.*

mesure convenable d'égalité dans le mouvement de la société domestique; qu'elle fit régner un juste équilibre dans tous les points où les deux intérêts sont en présence. Les habitudes sociales, par leur libéralité native, se sont garanties de la rudesse des jurisconsultes contemporains, qui se hérissent par érudition, qui se font grondeurs par prétention philosophique. La suite de ce commentaire fera toucher au doigt cette vérité. On y verra avec quel art ingénieux tout a été ménagé dans la pratique du régime de la communauté: le droit prépondérant du mari, émanation du droit germanique; le droit de la femme, création du droit coutumier; même le droit des tiers, intérêt presque inconnu dans le système dotal, et mis en lumière par la bonne foi qui préside à la communauté; comment, en un mot, par le moyen des reprises, de l'indemnité des dettes, de la renonciation, de la séparation judiciaire des biens, de l'hypothèque légale, la femme fait contrepoids à l'autorité du mari, et est égale, tout en étant soumise.

Mais ne devançons pas le moment où tout ceci se développera, et abordons les faits historiques qui vont éclairer les trois combinaisons matrimoniales dont nous venons d'esquisser les principaux traits.

Nous le disions il n'y a qu'un instant : dans le droit héroïque, le mari achète sa femme; cette singularité se rencontre dans les usages primitifs de tous les peuples (1). Lorsque l'homme est encore sauvage, il enlève la femme par le rapt (2); lorsque de l'état sauvage il est passé à l'état barbare, il l'achète de ses parents, et, par là, il donne place au consentement dans l'acte qui fonde la famille. Telle est constamment la forme primitive du mariage. « Parmi beaucoup de » peuples de l'Amérique, dit Robertson, le ma- » riage est proprement une acquisition. L'homme » achète sa femme de ses parents (3). » C'est encore ce qui se pratique chez les Tartares, les peuplades du Tonkin, les peuplades nègres de l'Afrique (4) et même en Algérie. La barbarie moderne n'a pas le privilége de cette idée; la barbarie antique en est remplie. Elle régnait dans les Indes, où, suivant Strabon, on achetait une

---

(1) Heineccius *ad leg. Jul. et Pappian. Popp.*, lib. 2, cap. 13.

(2) Venerem incertam rapientes, more ferarum,
Viribus editior cædebat, ut in grege taurus.
(Horace, *Satyr.*, l. 3, v. 109.)

(3) *Hist. d'Amérique*, liv. 6.

(4) Goguet, *Orig. des lois, des arts et des sciences*, t. 1, p. 53. M. Kœnigswarter, *Revue de législat.*, 1849, p. 147.

épouse avec une paire de bœufs (1); elle était dominante chez les Assyriens (2), les Babyloniens (3), les Arméniens (4), les Syriens (5), les Hébreux (6), les Thessaliens (7), les Thraces (8), les Cantabres (9), etc. Aristote, voulant dépeindre par quelques traits saillants la barbarie des temps héroïques de la Grèce, disait : « Nos ancêtres » étaient d'une barbarie et d'une simplicité cho» quantes; les Grecs, pendant longtemps, n'ont » marché qu'en armes *et se vendaient leurs fem» mes* (10). » On en voit de fréquents exemples

---

(1) Liv. 15.
(2) Ælian., *Histor. var.*, lib. 4, cap. 1.
Heineccius, *loc. cit.*
(3) Hérodote, 1, 196.
(4) Justinien, novelle 21, *De Armeniis,* préface.
(5) Michaelis, *Droit de Moïse,* t. 2, p. 105.
(6) Saumaise, p. 146.
Genèse, XXXI, 14.
Exode, XXII, 16, 17.
Deutér., XXII, 29.
Samuel, I, 18, 25.
Osée, III, 1 et 2.
Heineccius, *loc. cit.*
(7) Strabon, liv. 3 et 15.
(8) Alexand. ab Alexandro, *Genial. dier.*, l. 24.
(9) *Id.*
(10) *Politiq.*, liv. 2, chap. 5 (trad. de M. Barthélemy Saint-Hilaire, t. 1, p. 153, *in fine*).

dans Homère et dans les tragiques (1). Homère appelle les vierges ἀλφεσίβοιαι, c'est-à-dire rapportant des bœufs à leurs parents. Lorsque Danaüs voulut trouver des maris pour ses filles coupables, il fit publier qu'il ne demanderait pas de présents à ceux qui consentiraient à les épouser (2). Ces faits sont si concluants, qu'il est inutile de multiplier les citations.

Saumaise a fait cependant une remarque qui doit nous arrêter quelques instants : c'est que si, d'après des témoignages incontestables, les femmes sont achetées par les maris, on voit quelquefois aussi les maris achetés par leurs femmes. Témoin Euripide (3), Virgile (4);

---

(1) Saumaise, *De usuris*, chap. 4, p. 138 et 146.

(2) Pausanias, 3, 12.

(3) *Médée*, acte 2, scène 1, où, en déplorant les misères de son sexe, Médée dit : « Ah ! de toutes les créatures qui sen- » tent et qui respirent, les femmes sont les plus malheureuses. » Elles achètent un époux au prix de leurs richesses. Elles » payent celui qui les réduit en esclavage. » V. aussi la tragédie de *Phaéton*.

(4) Didon offre à Énée l'empire des Tyriens :

Dotalesque tuæ Tyrios promittere dextræ.
(Lib. 4, vers 104.)

V. autre exemple, lib. 9, v. 737.

Ovide (1), qui tous les trois représentent la dot apportée par la femme comme une condition des mariages héroïques. Ces trois grands poetes ont-ils manqué a la vérité des mœurs? Homère lui-même, le chantre sublime et le peintre fidèle des héros, parle des dots promises par les femmes à leurs maris. Quand Agamemnon veut apaiser Achille, il lui offre une de ses filles en mariage avec une dot considérable, à savoir, sept villes opulentes situées sur le bord de la mer, tandis qu'Achille sera dispensé de donner une dot à l'épouse (2). De là, Saumaise est porté à conclure que les dots étaient réciproques chez les Grecs de l'époque héroïque, et que, si le mari achetait la femme, la femme achetait le mari (3).

Pour nous, nous n'oserions pas accepter cette opinion comme certaine. D'une part, nous croyons qu'Euripide, Virgile et Ovide ont fait allusion aux usages de leur temps; c'est la remarque du père Brumoy (4). D'autre part, les

---

(1) Hypsipyle écrivant à Jason lui dit :

Dos tibi Lemnos erit....

Me quoque dotales inter habere potes.

(2) *Iliade*, lib. XI, v. 146.

(3) P. 138 à 144.

(4) Trad. de *Médée*, acte 2, scène 1.

faits rapportés par Homère sortent des circonstances ordinaires. Ce sont des cas qui ressemblent un peu au mariage des Danaïdes, où le père, renversant les usages reçus, consent à faire des sacrifices pour se procurer un gendre difficile à trouver. Nous pensons que la vérité est dans le témoignage d'Aristote et dans la tradition de tous les peuples anciens. Les Grecs ont, comme tous les autres, payé leur tribut à la barbarie.

Mais lorsqu'on passe des temps héroïques de la Grèce aux temps historiques, on ne retrouve plus la trace de l'achat des femmes par les maris. L'institution qui se présente, c'est celle de la dot (1); et c'est à Athènes, la plus policée des villes grecques, qu'il faut l'étudier.

Quant à Sparte, que pourrions-nous en dire? Sparte est le type de ces expériences faites sur l'homme par le génie bizarre de certains législateurs, de ces inventions outrées et tyranniques que l'on s'étonne de voir acceptées, dans l'antiquité, par des nations illustres à tant d'é-

---

(1) Saumaise, p. 151.

gards. En général, les Grecs eurent une grande facilité de caractère à se prêter à la tutelle de la politique, à la police tracassière et usurpatrice de l'État sur le sanctuaire de l'intimité domestique. Mais les Spartiates furent éprouvés plus que tous les autres par les tours de force de l'organisation constitutionnelle : car Lycurgue peut compter au premier rang parmi ceux qui excellèrent dans l'art étrange de fabriquer une société de convention, d'arranger à plaisir des systèmes de vie publique et privée, d'asservir la liberté à des observances arbitraires et contre nature. En un mot, les institutions de Sparte sont tellement bizarres, qu'il n'y a à recueillir de leur étude qu'un profond étonnement pour un législateur dont le point d'appui est si éloigné des vrais sentiments du cœur humain. Je ne suis pas surpris qu'elles aient excité l'admiration de Mably et des publicistes de son école ; c'est le faux qui est la base de leur système, ce faux radical et obstiné qui prend la nature à rebours et traite l'homme comme une unité matérielle et passive. Sparte est la patrie de la tyrannie sous une forme républicaine ; lorsque, chez les modernes, le goût de la république s'est allié à l'amour du pouvoir tyrannique (ce qui arrive souvent), c'est à Sparte qu'on est allé demander des leçons et des auto-

rités (1). Je passerai donc rapidement sur Sparte, avec ses idées subversives de la pudeur dans l'éducation des femmes, avec ses jeunes filles qui luttent dans l'arène et se livrent à leurs exercices presque nues en présence des hommes (2), avec ses lois infâmes ou absurdes qui abandonnent le mariage au hasard, enfermant dans un lieu obscur les filles à marier et ordonnant à chaque homme d'aller y prendre à l'aventure celle qu'il doit épouser (3). Quand Platon adopte et exagère dans sa *République* (4) de pareilles énormités, est-ce un rêve brillant du génie, ainsi qu'on le dit par habitude, ou un cauchemar pénible de la fantaisie? La dot n'était donc pas connue à Sparte ; elle était même défendue par Lycurgue (5) ; ce législateur

---

(1) On connaît la faveur dont jouissaient les lois de Minos auprès du parti extrême de la Convention ; on sait que Lycurgue l'inspira (Aristote, *Politiq.*, 1, 179).

(2) Platon, *des Lois*, 7 (t. 8 de la trad. de M. Cousin, p. 20, 21, 42 et 43).

V. aussi *la République*, liv. 5, p. 268, de la même traduction.

Xénophon, *De republic. Lact.*

Plutarque *in Lycurg.* et *in Numam.*

(3) Hermippus et l'abbé Barthélemy.

(4) Lib. 5 de la trad. de M. Cousin, p. 268, 271 et 273.

(5) Justin., 3, 3.

croyait que la dot corrompait le mariage, et que le mari serait plus maître de sa femme quand elle n'aurait rien apporté. « Les femmes, » dit Platon, qui ne manque pas de s'approprier cette prohibition, « les femmes seront moins insolentes et » les maris moins esclaves et moins rampants de- » vant elles, à cause de la riche dot qu'elles au- » ront apportée (1). » Mais Aristote nous apprend que c'est le contraire qui arriva (2). Les lois opposées à la nature trompent toujours l'espérance de leurs auteurs (3).

Arrivons au droit attique, où nous avons des choses plus intéressantes à connaître, car à Athènes la dot fut, malgré Solon (4), le régime matri-

---

(1) *Des Lois*, 6 (trad. de M. Cousin, t. 7, p. 354).

(2) *Politiq.*, t. 1, p. 161 et 163.

(3) Cette proscription des dots a reparu au moyen âge sous l'influence de l'exagération ascétique. Quelques casuistes s'avisèrent de défendre les dots, prétendant que c'était une simonie (V. ce qu'en dit Deluca, *De dote*, disc. 1, n° 10).

(4) D'après Plutarque, Solon avait interdit les douaires et les dots, ne voulant pas *que les femmes achetassent leurs maris* (n° 37), et ne permettant que l'apport de trois robes, afin *que la conjonction de l'homme et de la femme se fît pour avoir lignée et pour plaisir et amour, et non pour avoir argent.*

Mais la dot n'en devint pas moins de droit commun à Athènes. Tel est le sort des lois contraires aux intérêts publics et privés. C'est ce qu'on ne saurait trop faire remarquer.

monial (1) ; et il est d'autant plus nécessaire d'en signaler le caractère, que c'est évidemment ce régime que nous retrouverons plus tard à Rome, et que l'antiquité a légué à quelques-uns des peuples modernes. Mais, pour en bien comprendre l'esprit, nous devons dire quelques mots de la situation de la femme dans la famille attique.

A Athènes, la femme est soumise à une tutelle perpétuelle (2) ; elle ne ressemble pas à la femme de Sparte, qui commande aux hommes (3) ; elle ne cesse pas d'être sous l'autorité d'un tuteur, soit qu'elle soit mariée, soit qu'elle ne le soit pas. En premier ordre, elle a pour tuteur, d'abord son père, ensuite son aïeul paternel, ou à défaut ses frères consanguins ; et cette tutelle de la famille l'accompagne jusque dans la maison conjugale ;

---

(1) La défense d'acheter les femmes était fondamentale (Plutarque sur Solon, n° 43).

(2) Saumaise, p. 165.

(3) Plutarque *in Lycurg.*, 25 et 26. Voyez le mot de la femme lacédémonienne. « Une femme étrangère disait à Gorgone, femme du roi Léonidas : « Il n'y a femmes au monde » que vous autres, Lacédémoniennes, qui commandiez à vos » hommes. » — Elle lui répliqua incontinent : « *Aussi il n'y a* » *que nous qui portions des hommes.* »

car la femme mariée n'en est pas exempte : le mari est tenu de la reconnaître et de la supporter.

Quand la femme est privée de ses parents, c'est son mari qui est son tuteur (1).

Pourtant, si la femme a des enfants, soit de ce mari, soit d'un précédent, et que ces enfants aient passé vingt ans, ils sont tuteurs des biens de la femme, et le mari est seulement tuteur de sa personne : les enfants sont mis en possession des biens de la mère et pourvoient à ses besoins.

Que si le père vient à mourir, les enfants qui ont atteint cette majorité sont à la fois tuteurs de la personne et des biens de leur mère (2).

Voici maintenant une autre singularité.

Le mari prémourant, soit qu'il ait des enfants, soit qu'il n'en ait pas, peut par son testament se donner un successeur, comme mari, et charger un ami d'épouser sa veuve, à laquelle il laisse une dot : c'est ce que fit le père de Démosthènes (3). Tant que les enfants du premier lit sont mineurs, ce nouveau mari a la tutelle de la personne et des biens; mais aussitôt qu'ils ont atteint l'âge viril

(1) Saumaise, p. 165.

(2) P. 164, 169 et 170.

(3) Demosth. *Contrà Stephanum*.

de vingt ans passés, ils prennent la tutelle des biens de leur mère (1).

Venons maintenant à la constitution de la dot; et tout d'abord, nous rencontrons un droit spécial à Athènes, un droit introduit par une de ces combinaisons artificielles pour lesquelles les législateurs grecs, trop dédaigneux de la liberté individuelle, eurent plus de prédilection que pour le droit si simple de la nature humaine. Ce droit concernait la fille qui, unique héritière, recueillait dans sa main toute la fortune de ses auteurs (2); pour qu'elle ne portât pas cette fortune dans une autre famille, elle était tenue d'épouser son plus proche parent, à qui elle apportait tous ses biens (3). En pareil cas, la dot était universelle; la femme tombait sous la tutelle de son mari (4), non parce qu'il était mari, mais parce qu'il était parent. Que si elle avait des enfants mâles, ces

---

(1) Saumaise, p. 168 et 169, *in fine,* d'après Isæus.

(2) *Id.*, p. 166, *in fine,* et 167. On l'appelait *epicleros, unica hæres.*

Id., p. 143.

(3) *Id.*, p. 170.

Plutarque *in Solonem.*

(4) Saumaise, p. 167 et 168.

derniers, à leur majorité, étaient investis du gouvernement des biens maternels (1). Décédait-elle sans enfants, son mari gagnait la dot par droit de succession; restait-elle veuve sans enfants, elle était tenue d'épouser celui à qui elle avait été léguée par le testament de son mari (2), ou bien le plus proche agnat de ce même mari (3).

A l'égard des femmes qui n'étaient pas uniques héritières (4), elles se mariaient avec le consentement de leur père, de leur aïeul paternel ou de leurs frères, suivant les cas; elles recevaient une dot de ces personnes et restaient sous leur tutelle tant qu'elles vivaient (5). La dot, condition nécessaire pour caractériser le mariage légitime, était constatée par acte solennel (6). Ici, nous trouvons le berceau de la dot romaine et de ce système d'asso-

---

(1) Bunsen, *De jure hæredit. atheniens.*
Saumaise, p. 170.

(2) *Id.*, p. 168.

(3) *Id.*, p. 170.
Plutarque sur Solon.

(4) On les appelait *epiproicoi*.
Saumaise, p. 167.

(5) *Id.*, p. 166.

(6) Samuel Petit, 6, 1.
Bunsen, p. 17, 42 et 43.

ciation conjugale qui a joué un si grand rôle dans l'antiquité. Le mari jouit de la dot pendant le mariage. Obligé, lors de la dissolution, de la rendre à la personne qui l'avait constituée et qui avait la tutelle de l'épouse, le mari donnait un gage sur ses biens immeubles (1), gage que l'on avait coutume de proportionner, par une estimation, à la valeur de la dot (2). Le créancier de la dot était préférable aux autres créanciers personnels du mari.

Si c'était par le divorce que le mariage était rompu, le mari devait rendre la dot, ou, s'il aimait mieux (3), payer des intérêts dont la loi avait fixé le taux (4), et qui étaient comme la pension alimentaire de la femme (5). La femme ou le tuteur de la femme avait une action en justice pour l'y obliger (6).

A côté des biens dotaux, il pouvait y avoir des

(1) Saumaise, p. 509.

(2) *Id.*

(3) *Id.*, p. 159, 162 et 173.

(4) Demosth. *in Neæram.* Saumaise, p. 151 et suiv.

(5) *Id.*, p. 159 et 161.

(6) *Id.*, p. 161.

biens paraphernaux (1). Le père de Démosthènes, par son testament, avait laissé sa femme à un ami avec charge de l'épouser; et, outre la dot qu'il avait assignée à sa femme, il lui donna en paraphernaux une maison estimée 2,000 drachmes, de l'or, des habits, des vases précieux.

Enfin, il était d'usage dans les mariages que les époux se fissent des présents anténuptiaux. Saumaise a écrit sur ce point une dissertation pleine de savoir (2). Ces présents avaient plus ou moins d'importance. L'*upobolon*, ou donation avant le mariage, que le mari faisait à la femme, est resté célèbre, et remonte aux plus hautes antiquités grecques (3). Ordinairement, outre l'anneau nuptial que le fiancé donnait à la fiancée comme un arrhe ou un gage de mariage (4), on offrait à la fiancée des bijoux, des habits, des parures et autres objets (5) que Ta-

---

(1) Saumaise, p. 143.
Demosth. *in Aphob.*
Plutarque *in Solon.*, 21.
(2) P. 144 et 145.
(3) Saumaise, p. 145 et 151.
(4) P. 147.
(5) P. 148.

cite, épris de la simplicité germaine, appelait dédaigneusement *delicias muliebres* (1).

Ce n'est pas tout : le lendemain des noces, le beau-père faisait un cadeau en grande pompe à l'épouse, afin de célébrer son premier séjour dans la maison conjugale (2); le mari lui faisait aussi, *ob præmium defloratæ virginitatis* (3), un don qui, par une de ces similitudes qui naissent de la nature même plutôt que de l'imitation, rappelle exactement le morgengab, ou don du matin des nations germaniques.

Enfin, le troisième jour des noces, lorsque la femme sortait de la maison et se montrait en public, le mari lui faisait un nouveau présent (4).

Mais là devaient s'arrêter les libéralités entre époux. Les donations leur étaient défendues pendant le mariage, d'après une loi que Cujas fait remonter à Solon (5).

---

(1) *De morib. Germanor.*

(2) Saumaise, p. 144 et 145.

(3) *Id.*

(4) P. 144.

(5) Cujas, *Paratit.* sur le Dig., *De donat. inter vir. et uxor.*; argument de Plutarque *in Solon.*, 37.

Tel est l'aperçu des combinaisons qui présidaient, sous le rapport des intérêts matrimoniaux, aux mariages des Athéniens. Ce qui y domine, ce qui y joue le rôle le plus remarquable, c'est la dot, c'est-à-dire la non-confusion du patrimoine des époux et l'absence de toute communauté entre eux. Cependant la dot n'est pas encore hérissée des prohibitions qui en entravent le commerce dans le droit moderne. Mais bientôt l'histoire de Rome nous montrera le développement plus rigoureux de ce régime, né dans l'Europe méridionale, et qui semble toujours se complaire sur cette terre de prédilection.

Avant tout cependant, donnons un instant à quelques antiquités romaines d'un haut intérêt. Rome a eu aussi ses temps héroïques; nous ne saurions les passer sous silence. Le droit de cette époque nous est beaucoup plus positivement connu que celui des Grecs. Rome nous a laissé là-dessus des monuments juridiques avec leur authenticité; la Grèce ne nous a transmis que les récits de ses poëtes, mêlés d'ingénieux mensonges et de brillantes fictions. Plusieurs problèmes existent encore cependant, et nous serions bien mieux instruits, si le temps nous avait conservé un livre que le célèbre jurisconsulte Servius-

Sulpitius avait composé sur la dot (1). Il faut y suppléer par des témoignages moins complets.

La famille aristocratique à Rome repose sur l'unité du pouvoir du père, sur la souveraine puissance de ce roi domestique, sur l'indépendance et l'infériorité des personnes dont se compose la famille. La femme légitime n'est pas exempte de cette sujétion; elle en est, au contraire, un exemple remarquable. La sévère institution de la *manus*, s'appuyant sur la confarréation, la coemption et l'usucapion, fait passer la femme dans le domaine du mari et lui donne un droit absolu sur la personne et sur tous les biens de la femme. La femme est acquise par lui à peu près comme une chose; il devient maître de tout ce qu'elle possède et de tout ce qu'elle pourra acquérir par la suite (2); la *conventio in manum* est un titre universel d'acquisition tout aussi bien que la succession. L'épouse n'entre pas dans la famille comme l'égale de son mari : elle y est reçue comme fille (*filiæ loco est*), pour y vivre sous la tutelle, parlons plus juste, sous la puis-

(1) Aulu-Gelle, 4, 3.
(2) Caïus, 2, comm. 88 et 98.
Plaute, *Casina*, 2, 2, 29.

sance de cet époux, dont elle doit vénérer la majesté, subir la volonté, reconnaitre le droit de propriété sur elle et sur ce qui dépend d'elle. Quand le mari vient à mourir, elle lui succède en cette qualité avec ses autres enfants. Dans les propres biens qu'elle a apportés, elle n'a droit qu'à la part d'une fille qui succède à son père. Que si elle prédécède, son mari n'a rien à restituer du bien venu par elle. La *conventio in manum* lui en a transmis la propriété pleine et incommutable. Il en est aussi absolument maître que de ses autres biens (1).

Faisons cependant une remarque importante.

Cette puissance souveraine du mari romain n'est pas virtuellement attachée au mariage légitime. Pour qu'il en soit investi, il faut que le mariage ait été célébré avec les solennités religieuses de la confarréation ou avec les cérémonies civiles de la coemption; sinon, la femme continue à appartenir à sa famille, à rester sous la tutelle de son père ou de ses agnats (2). Elle

---

(1) Cicér., *Topiq.*, 4 : *Cùm mulier viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt viri fiunt, dotis nomine.*

(2) Ulpien, 6, 10.

est épouse, mais elle n'est pas mère de famille (1). Le mari est étranger à ses biens (2). De là, chez les Romains, deux espèces d'épouses légitimes : 1° la *materfamilias*, qui va se confondre dans la nouvelle famille dont les portes ne s'ouvrent pour elle qu'autant qu'elle brise tous ses liens antérieurs, qu'elle abdique tous ses droits et qu'elle ne reconnaît que ceux de son mari ; 2° la *matrona*, qui garde sa famille, ses dieux, ses biens, ses tuteurs d'origine, qui ne relève que de son père ou de ses agnats.

Disons-le tout de suite : il y a dans chacune de ces deux situations une exagération marquée : d'une part, la personnalité de la femme est trop absorbée dans la puissance maritale ; de l'autre, elle est trop peu atteinte par cette puissance. Le mariage ne mérite le nom de *communicatio omnis vitæ* ni dans le premier cas, ni dans le second. Tantôt le lien est trop étroit, tantôt il est trop relâché. Il n'y a pas de milieu entre l'asservissement et la séparation.

Cet état de la femme que son mari avait épousée sans confarréation ni coemption était fort singu-

---

(1) Cicér., *Topiq.*, 3.
(2) *Id.*, *Pro Flacco*, 34.

lier, car, si l'on en croit les témoignages juridiques et littéraires, le père, en puissance duquel elle était restée (1), pouvait la retirer au mari à qui il l'avait associée (2), et, troublant un mariage bien concordant (3), la contraindre à un divorce souvent pénible pour son cœur d'épouse (4). C'est encore là une étonnante exagération de ce droit aristocratique, type du *summum jus*. Tout à l'heure nous étions dans l'excès de la puissance maritale : à présent nous sommes dans les énormités les plus acerbes de la puissance paternelle (5).

---

(1) Ulp., *loc. cit.* On voit par les textes des pères qui sont chargés de pourvoir aux besoins de leur fille mariée, et le mari recevant mandat pour remplacer son beau-père dans ce soin.

Infrà, n° 3120.

(2) Ennius dans *Auctor. ad Herenn.*, 2, 24.

Plaute, *Stichus*, acte 1, scène 1 :

Nosque ab his abducere volt.

Et plus bas :

Verùm postremò in patris potestate est situm

V. encore la scène 2.

(3) Ulp., l, 1, D., *De exhib. liber.*

Paul, *Sent.*, 5, 6, 15.

(4) Ulp., *loc. cit.*

(5) *Id.*, *loc. cit.*

C'est sous Antonin qu'il fut remédié à cet abus.

Paul et Ulp., *loc. cit.*

Les mariages accompagnés de la confarréation et de la coemption furent, dans l'origine, les plus dignes, les plus recherchés et les plus fréquents. C'étaient les mariages vraiment romains, ceux que Romulus avait réglés dans ses lois (1), ceux qui portaient au plus haut degré la majesté du père de famille (2). Aussi, à cause de cette fréquence, Festus a-t-il dit que la *hasta* figurait dans les cérémonies du mariage; la *hasta* intervenait pour montrer à l'épouse qu'elle était soumise à l'empire de son époux : *quòd nuptiali jure imperio viri subjicitur*. Il ne faut pas croire, du reste, que cette subordination de la femme amoindrît son honneur. Au dehors, la femme romaine était environnée de considération et de respect (3), et son amour-propre était à couvert par les solennités du mariage, qui rendaient réciproques les formes de l'achat (4).

---

(1) Denys, liv. 2, chap. 25.

(2) *Majestatem viri*. Tit. Liv., 34, 2.
Valère-Maxime, 11, 1, 6. *Junge* mon mémoire :
De l'Influence du Christianisme sur le droit romain, p. 25.

(3) *Id.*, p. 24 et 25.

(4) Nonius a conservé un passage de Varron qui rappelle cette solennité, cap. 22, n° 1. Heineccius en fait mention, *loc.*

Mais, bien que le mariage accompagné de la *manus* fût le plus général, on est fondé à dire cependant que la jalousie des pères et la prépotence des agnats durent se refuser plus d'une fois à laisser l'épouse passer dans la puissance du mari. Aussi la législation des Douze Tables admet-elle comme légale cette anomalie d'une femme que le mariage ne donne à son mari que par une sorte de tolérance, et qui appartient à sa famille d'origine par le droit.

Le mari a cependant un moyen de soustraire la femme à ses agnats, et de la placer sous sa puissance : c'est l'usucapion. Il l'acquiert par là presque comme une chose; il en fait sa conquête par ce moyen pacifique et civil, comme la violence et le rapt des compagnons de Romulus avaient conquis les Sabines.

---

cit. Voici ce passage : « Nubentes, veteri lege romanâ, tres
» asses ad maritum venientes ferre solitas; quorum unum,
» quem in manu tulerint *emendi caussâ,* marito dederint ; al-
» terum quem in pede habuerint, in foro larium familiarium
» posuerint; tertium, in sacciperione conditum, in compito
» vicinali consueverint resignare. »

Heineccius considère ces trois as comme des arrhes de la vente.

Quand les institutions publiques font violence à la nature humaine, elles ne sauraient longtemps lutter contre la résistance des sentiments et des mœurs. C'est ce qui arriva à la *manus*. Elle imposait aux femmes une dépendance outrée. Les femmes en triomphèrent en donnant la préférence au mariage libre, c'est-à-dire au mariage dégagé de la confarréation et de la coemption. On avait organisé la tyrannie, on recueillit la licence. Telle est la marche ordinaire des choses humaines, et Caton montrait plus de ténacité que d'intelligence, lorsque, demeurant des coutumes d'une antiquité féroce, il s'étonnait de l'émancipation des femmes de son époque (1). Il faut bien que le ressort se brise quand il est trop tendu.

Mais quel était donc le régime de ce mariage libre qui, après avoir été éclipsé par la confarréation et la coemption, avait pris sa revanche dans des temps plus humains?

C'est ici qu'apparaît le régime dotal dans les antiquités du droit romain. Le régime dotal, étranger au mariage accompagné de la *manus*,

---

(1) Aulu-Gelle, 17, 6.

est celui du mariage plus libre, dans lequel la *matrona* a refusé le titre de *materfamilias*. Bien qu'elle ne soit pas mère dans la famille de son mari, il faut cependant qu'elle y apporte de quoi contribuer aux dépenses du ménage dont elle va augmenter les charges. La dot remplit cette fonction. La dot est donnée au mari par une espèce de traité à forfait, qui, sous tous les autres rapports, sépare complétement d'intérêts la femme et son époux. Ils sont tellement étrangers l'un à l'autre, que le mari a action contre sa femme pendant le mariage pour le dommage qu'elle pourrait avoir apporté par sa faute dans des objets de toilette et de luxe qu'il lui a prêtés (1), ou dans toute autre chose; comme aussi la femme a contre son mari, même avant la dissolution du mariage, l'action *de damno* ou *in factum* (2), aussi bien qu'elle l'aurait contre la personne la plus étrangère et la plus indifférente. Et, comme chaque époux peut avoir, en dehors de la dot, un patrimoine séparé, ils ont le droit

---

(1) Ulp., l. 27, § 30, D., *Ad leg. Aquil.*
Paul, l. 56, *id.*
Diocl. et Maxim., 1, C., *Rer. amot.*

(2) *Id.*, C., *loc. cit.*

de passer entre eux tous les contrats, tels que société, prêt, vente, louage (1). Nous verrons tout à l'heure le parti que les femmes tireront de cette capacité pour vexer leurs maris.

Ce système est-il une imitation de la dot athénienne? est-il, au contraire, une combinaison naturellement sortie de situations analogues? Je tiens pour cette seconde opinion plutôt que pour la première. L'humanité n'a pas été occupée sans cesse à se copier : Dieu lui a donné un fond commun de raison et d'idées, qui, se développant dans des circonstances semblables, a produit très-souvent, sans aucun accord, des phénomènes identiques.

Pourtant, contre cette conjecture on argumente du rapport qui existe entre le mot latin *dos* et la langue grecque (2). Mais cette raison ne me semble pas grave. *Dos* vient de *donum* (3); et il est vrai que *donare, donum,* ont leur racine dans la langue

---

(1) L. 5, § 5, D., *De donat. inter vir. et uxor.*
L. 31, § 4, *Id.*
L. 52, *Id.*

(2) Festus, 4, v° *Dos* : Dote manifestum est ex græco esse. Varron, *De linguâ latinâ,* v° *Dos.*

(3) Saumaise, p. 145.

grecque. Mais il y a tant de manières de donner, qu'il ne s'ensuit pas que le mot grec, en s'infiltrant chez les nations latines, ait entraîné avec lui toutes les formes et toutes les variétés de la donation usitées chez les Grecs.

En veut-on une preuve? veut-on une présomption décisive pour écarter l'opinion d'un emprunt fait par Rome à l'Attique? c'est que, dans le droit athénien, le mari n'était pas propriétaire de la dot. Mais, par le droit romain, le mari en avait la propriété pleine et entière (1). Le bien constitué en dot devenait sien par ce titre particulier, tout aussi bien que la généralité des biens de la femme qui était *in manu* appartenait au mari par ce titre universel. La constitution de la dot est considérée comme une aliénation en faveur du mari (2). Il peut vendre le bien dotal, et, quand sa femme vient à mourir, il n'est pas tenu de le rendre à ses héritiers (3).

Tel est le droit originaire de Rome, et certes tel n'est pas le droit athénien : la différence est

---

(1) Paul, l. 1, D., *De jure dotium.*
L. 24, D., *Rer. amotar.*

(2) Caïus, 2, 80, 62, 63. Cicér.

(3) *Infrà*, nos 3601 et 3603. Je cite les lois romaines.

donc profonde entre les deux, et chacun reste avec son caractère propre et original.

Quand on s'écarte cependant des sombres et rudes époques qui ont empreint leur sévérité sur les premières origines du droit italique, on arrive à des notions plus équitables ; et ici, il n'est pas impossible d'admettre l'influence des mœurs grecques sur cette partie de la jurisprudence de Rome (1).

Qu'arrive-t-il en effet ?

Nous voyons d'abord un notable adoucissement à l'égard du père qui a constitué la dot à sa fille. Si celle-ci le devance au tombeau, le mari doit lui restituer la dot, *solatii loco* (2); la dot remonte vers sa source, car il serait trop dur que le père fût privé à la fois de son enfant et de son bien. Et pourtant, si la fille a laissé de la postérité, le mari retiendra pour ses enfants une partie de la dot (3). Que si le père est mort quand décède l'épouse, le mari reste maître de la totalité de la

---

(1) Cette influence des Grecs sur les mœurs avait frappé les partisans des anciennes coutumes. V. dans Tite-Live, 34, 4, le discours de Caton.

(2) Pomp., l. 6, D., *De jure dotium.*

(3) *Infrà*, n° 3002.

dot : *apud maritum remanet,* dit Ulpien (1). Du reste, un droit pareil n'existe pas au profit de la mère qui a constitué la dot. Maintenant, qu'on lise les textes; qu'on se pénètre surtout des paroles de Pomponius, qui a traité ce sujet; on verra que le droit de retour au père n'est qu'une modification tardive, apportée par une jurisprudence plus humaine à un droit strict et absolu dans son origine.

Une restriction d'un autre genre vient affecter le droit de propriété du mari : si, en effet, il meurt avant sa femme, celle-ci peut se faire restituer, par les héritiers de son mari, ce qu'elle a apporté en dot (2). Il suit de là que le mari vit comme propriétaire, mais qu'il ne prédécède pas comme tel : l'histoire des Gracques nous offre un exemple remarquable de ce droit de l'épouse.

C. Gracchus avait péri dans une sédition qu'il avait excitée, et une loi sévère avait ordonné la confiscation de la dot de son épouse Licinia. Il fut décidé par le grand jurisconsulte Mucius Scævola que la dot avait péri par la faute de C. Gracchus,

(1) *Fragm.*, t. 6, § 4.
(2) Ulp., *loc. cit.*

et que les héritiers devaient la rendre à Licinia (1).

Ces tempéraments apportés au droit du mari n'ébranlent pas en principe son droit de propriété ; ils le soumettent à des conditions résolutoires, mais ils ne méconnaissent pas sa qualité de propriétaire.

Comment ces changements se sont-ils introduits? Aulu-Gelle nous apprend positivement que pendant cinq siècles, les Romains ne connurent pas les actions en restitution de la dot (2); ce furent les progrès du divorce qui y firent sérieusement penser.

D'après une loi de Romulus, la femme ne pouvait pas divorcer d'avec son mari. Le mari seul pouvait la répudier pour certains crimes; mais en répudiant sa personne, il gardait ses biens. Ce

---

(1) *Infrà*, n° 3585.

(2) « Memoriâ traditum est, quingentis ferè annis post Romam conditam, nullas rei uxoriæ neque actiones, neque cautiones, in urbe Româ, aut in Latio fuisse, quia profectò nihil desiderabantur, nullis etiam tunc matrimoniis devertentibus. Servius quoque Sulpitius, in libro quem composuit de dotibus, tunc primùm cautiones rei uxoriæ necessarias esse visas scripsit, quum Spurius Carvilius Ruga, vir nobilis, divortium cum uxore fecit (4, 3). »

n'est qu'autant que le mari divorçait avec sa femme sans juste cause, que le législateur, s'armant d'une sévérité propre à prévenir cette violation de la foi conjugale, attribuait à la femme la moitié des biens de son mari et consacrait l'autre à Cérès (1). Tout porte à croire que cette loi n'avait en vue que les mariages accompagnés de la *manus*, qui (comme nous l'avons dit) furent dans l'origine presque universels. Cette loi aurait peut-être mieux fait de considérer comme nuls les divorces capricieux et immoraux que la conduite de la femme ne justifiait pas. Mais le mari était le maître de sa femme ; il n'était pas possible de mettre une limite à ce pouvoir, en l'obligeant à garder près de lui celle qu'il repoussait de son foyer : on ne pouvait que recourir à des moyens indirects, à des mesures pénales, aux peines pécuniaires qui prenaient les Romains par leur côté faible, l'avarice.

Les divorces paraissent avoir été rares pendant une longue période (2) ; l'austérité des

---

(1) Plutarque *in Romul.*, 31.
Montesquieu, *Esprit des lois*, 16, 16.

(2) Aulu-Gelle, *loc. cit.*
Valère-Maxime, 2, 1.
Denys d'Halic., *Antiq. Rom.*, 2.

mœurs, les rudes travaux de la guerre et de l'agriculture, les rigueurs de la confiscation, furent un frein contre ces séparations capricieuses défendues par Romulus.

Mais cinq cents ans après la fondation de Rome, le divorce fit dans ses mœurs une effroyable irruption. Les femmes, loin de le craindre comme autrefois, le désiraient souvent autant que les maris; c'était pour elles dans beaucoup de cas une émancipation et non une injure, une bonne fortune et non pas un deuil. Qu'avait à faire en pareil cas la vieille loi de Romulus? elle n'était qu'un anachronisme pour cette époque relâchée. Il fallut donc recourir à d'autres combinaisons et à d'autres mesures. De là l'usage de stipuler dans les contrats de mariage la restitution du bien de la femme en cas de divorce; c'est ce qu'on appela *cautio rei uxoriæ* (1). De là encore l'action *rei uxoriæ* introduite par le préteur, pour suppléer équitablement à cette convention quand elle n'avait pas été faite (2). Ce point d'histoire nous est appris par Aulu-Gelle, d'après le livre

---

(1) Aulu-Gelle, *loc. cit*

(2) L. *Unic.*, C., *De rei uxor. act.*
Aulu-Gelle, *loc. cit.*

déjà cité de Servius Sulpitius sur la dot. Quand le divorce venait séparer les époux, le mari restituait à la femme les biens qu'elle avait apportés en mariage (1); le contrat de mariage étant dissous, ses effets sur les biens de la femme étaient effacés. Pourtant, si c'était le délit de la femme qui motivait le divorce, le mari retenait la dot, ou, pour mieux dire, certaines parties de la dot proportionnées au nombre des enfants (2); c'est en ce sens qu'il faut entendre quelques anecdotes consignées dans la littérature latine (3).

Ces innovations de la jurisprudence atteignirent tout à la fois les mariages avec la *conventio in manum* et les mariages libres (4); si les jurisconsultes n'avaient eu en vue que la restitution de la dot proprement dite, ils auraient appelé *actio de dote* l'action introduite par le préteur. Le

(1) Ulp., *Fragm.*, 6, 6.
(2) *Id.*, t. 6. §§ 9 et 10.
Cicér., *Topiq.*, § 4.
M. Pellat, p. 17.
(3) Valère-Maxime, liv. 8, chap. 2, n° 3.
Plutarque, *Marius*, 38.
Pline, *Hist. nat.*, 14, 13.
Aulu-Gelle, X, 23.
(4) Sigonius, *De judiciis*, 1, 21.

nom d'*actio rei uxoriæ* fut choisi pour embrasser les deux situations, car la *res uxoria* est un terme générique qui s'applique à toutes les espèces d'apports de l'épouse. D'un autre côté, il ne faut pas douter que la *cautio rei uxoriæ* et l'*actio rei uxoriæ* ne profitassent aux femmes purement dotales. C'était surtout celles-ci qui, à la faveur du mariage libre, couraient après les facilités du divorce (1), et les pères qui les tenaient sous leur tutelle étaient quelquefois les premiers à les y exciter (2).

La restitution de la dot étant donc admise en principe pour ce cas de divorce, il n'y avait qu'un pas à faire pour en faire profiter la femme dans le cas de dissolution du mariage par le décès du mari. C'est ce qui arriva : on comprit que la femme restée veuve avait intérêt, autant que la femme divorcée, à retrouver sa dot pour contracter de nouveaux liens. On sait que la raison politique était attentive, chez les anciens, à multiplier la population, et qu'elle favorisait les seconds ma-

---

(1) Cicér., *Ad famil.*, 7, 7.
Pro Cluentio, 5.
(2) *Auctor ad Her.*, 2, 24.
Plaute, *Stichus*, 1, 2, 73, 75.

riages. C'est ce qui a dicté ce célèbre adage du jurisconsulte Paul : *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse, propter quas nubere possint* (1).

Telle est la physionomie du régime dotal pendant l'ère républicaine, et jusqu'à Auguste (2). Le mari est propriétaire de la dot ; pourtant, son droit est résoluble dans certains cas. Et comme il peut être obligé de restituer, il est tenu de conserver en bon père de famille, d'administrer sans se rendre coupable de négligence ; il répond des fautes par lesquelles la restitution devient impossible : l'anecdote de Licinia, épouse de C. Gracchus, en est la preuve.

Sous Auguste, le droit du mari éprouva de plus graves altérations ; mais avant d'arriver à cette période du régime dotal, il faut dire un mot des biens paraphernaux et des donations entre mari et femme ; les premiers, dont le *Corpus juris* ne s'occupe que dans un petit nombre de textes, les secondes, qui y sont traitées *ex professo*.

---

(1) L. 2, D., *De jure dot.*

(2) V. *Revue de législat.*, t. 7, p. 310, art. de M. d'Hautmille.

Consultez aussi M. Laboulaye, *de la Condition des femmes*. Il a parfaitement traité ce sujet.

Le nom de paraphernaux indique l'origine de la chose. La chose était (comme nous l'avons vu) une combinaison grecque; les Romains imitèrent et la chose et le mot.

Mais, en passant à Rome, les paraphernaux ne tardèrent pas à jouer un rôle qu'ils n'avaient pas dans la civilisation grecque : ils devinrent une nouvelle matière à spéculation chez un peuple qui trouvait, dans tous les rapports domestiques, un aliment à son avarice. Les femmes, qui dans l'origine apportaient à leurs maris de ces bonnes dots pour lesquelles Caton témoignait son affection (1), les femmes, dis-je, aimaient mieux se constituer en dot la plus petite partie de leur fortune et se réserver la plus grande à titre paraphernal; puis elles prêtaient leur argent à leurs maris, comme elles auraient fait à un étranger, et, quand la mauvaise humeur les prenait, elles fatiguaient le pauvre mari de leurs réclamations; elles mettaient à ses trousses un esclave paraphernal (5) pour le sommer de se

---

(1) *Magnam dotem.* Aulu-Gelle, 17, 6.
(2) Festus, *Receptitius Servus Nonius Marcellus,* 1, 267.
L. 9, § 3, D, *De jure dotium.*
Aulu-Gelle, *loc. cit.*

libérer (1), bien heureux quand elles ne chargeaient pas ce dernier d'une demande en divorce! Ces mœurs bouleversaient les idées des vieux Romains, admirateurs de la *manus* (2). Ils se récriaient contre l'humiliation des maris, l'arrogance des femmes, la dégradation de la vertu romaine. Mais leurs déclamations se perdaient dans le vide, et tout conspirait à l'émancipation des femmes et à la chute des institutions aristocratiques.

Venons aux donations entre mari et femme.

Quand le mariage avait pour conséquence la *conventio in manum* de la femme, celle-ci n'ayant rien en propre et ne pouvant acquérir et posséder que pour son mari, n'était pas capable de recevoir de donations de lui, et de lui en faire. Les deux époux ne faisaient qu'une personne, non pas à la manière de notre régime de la communauté, qui distingue dans l'unité matrimoniale la personne et les droits de la femme, mais à la manière de la puissance dominicale ou de la puissance paternelle romaine, qui supprime la personnalité juridique et les droits de l'un au

---

(1) Aulu-Gelle, *loc. cit.*
(2) V. les plaintes de Caton.

profit de l'autre. La base d'un contrat manquait donc entre le mari et la femme *in manu;* tout au plus pouvait-elle avoir un pécule minime d'effets à son usage, de bijoux, de petites économies (1).

Lorsque les époux étaient unis par un mariage libre, la même impossibilité n'existait pas : car il y avait séparation et indépendance respectives des deux personnes, et capacité réciproque. Nous disions tout à l'heure que les époux unis par le mariage libre avaient capacité pour faire entre eux toute espèce de contrat. Il semble, dès lors, qu'ils pouvaient se faire des donations pendant le mariage. Quoi de plus naturel d'ailleurs que ces libéralités entre personnes unies par une si étroite amitié! Les esprits chagrins ont beau médire de la femme et s'écrier dans leur mauvaise humeur : « *Mulier, milvinum genus ; fœminis nihil » boni facere oportet. Æquè est enim ac si in puteum » conjicias, et antiquus amor carcer est* (2). » la nature humaine ne ratifie pas ces jugements extrêmes, et la libéralité envers la femme est aussi hon-

---

(1) Plaute, *Casina*, 2, 2, 25, 27.
(2) Pétrone, *Satyr.*, § 42.

nête et aussi juste que l'affection qu'on lui porte. Pourtant l'usage introduisit la défense de ces donations. *Moribus receptum est*, dit Ulpien (1). Il paraît que c'est vers le 6e siècle de la fondation de Rome, lorsque le divorce y eut étendu ses ravages, que cette prohibition parut nécessaire. Elle n'existait pas vers 550 : car la loi Cincia, portée dans ce temps, parle des donations entre mari et femme comme d'un droit permis et non contesté (2). Les jurisconsultes de l'époque classique ont donné plusieurs raisons de cette coutume. Suivant Ulpien, c'est pour empêcher les époux de céder trop facilement à un amour mutuel et de se dépouiller de leurs biens. Suivant Paul, ce serait pour que le soin d'un vil intérêt ne les détournât pas du soin d'élever leurs enfants (3). Mais, suivant Sextus Cœcilius, qui a bien mieux touché le vif de la question, on a voulu que l'avidité de l'un ne fût pas contre l'autre une cause de divorce, et que le

---

(1) L. 1, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

(2) *Vatic. fragm.*, §§ 293 et 302.
M. Pellat, *de la Dot*, p. 356.

(3) L. 2, D., *loc. cit.*
V. Tite-Live, 34, Reproches de Caton aux matrones, 2, 3, 4.

mariage ne se passât pas en convoitises, en marchés, en menaces de se séparer ou en séparations consommées pour des prétentions non satisfaites. *Quia sæpè futurum esset ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque eâ ratione eventurum ut vænalicia essent matrimonia* (1). Voilà, il n'en faut pas douter, la véritable origine de la prohibition. Cependant je ne dis pas qu'Ulpien et Paul se trompent quand, la considérant d'une manière générale et philosophique, ils essaient de se rendre compte de tous les points de vue qui en justifient l'utilité. Aussi le discours de Caracalla au sénat, lorsqu'il fut décidé que le prédécès du donateur sans révocation confirmerait ces donations (2), a-t-il résumé tous ces aperçus, parce que chacun d'eux fait vibrer une corde sensible du cœur des Romains. Ils peignent au naturel les mauvais côtés de leur caractère, l'avarice de ce peuple, ses spéculations sordides dans les rapports les plus affectueux de la vie civile, cette dureté de sentiments auprès de laquelle ce lien sacré du mariage est

(1) L. 2, D., *loc. cit.*
(2) L. 3, *id.* (Ulpien).

de si peu, qu'on est prêt à le briser s'il ne rapporte pas assez d'argent, cette fureur de divorce surtout qui éclate par tous les côtés et se fait l'auxiliaire de toutes les passions détestables (1).

---

(1) Les cadeaux de bijoux et autres choses semblables avaient lieu entre époux. Dans le *Satyricon*, Scintilla se pare de boucles d'oreille que son mari Habinnas lui a données, et, à ce propos, ce dernier se répand en invectives contre l'importunité des femmes (§ 67). Le même ouvrage nous offre les détails suivants : Trimalchion est un affranchi ; il a épousé une femme de rien, Fortunata, une de ces femmes dont on rougirait de recevoir du pain (§§ 37 et 74). Mais elle est bonne ménagère, économe, frugale, sobre, de bon conseil, ayant l'œil à tout (§ 37) ; elle n'a qu'un tort aux yeux de cet ignoble mari, jadis favori de son maître et favorisé de sa maîtresse (§ 74) : c'est qu'elle lui reproche ses infamies de tous les jours, ses hardies impudicités (§ 37). Trimalchion ne peut supporter ses plaintes ; en revanche, il passe condamnation, moyennant quelques grosses plaisanteries, sur ses bracelets, ses jarretières en torsades d'or, sa coiffe de réseau de l'or le plus fin (§ 67), et autres colifichets qui ne sauraient ruiner un enrichi de la force de Trimalchion (§§ 37 et 75). Cette femme lui a rendu un grand service ; Trimalchion, ne se trouvant pas assez riche des libéralités de son maître, qui l'a fait son héritier pour reconnaître ses complaisances (§§ 75 et 76), se met en tête de faire le commerce. Il achète cinq vaisseaux, il les charge de vins et les expédie à Rome : mais un naufrage les fait sombrer (§ 76) : il perd en un jour trente millions de sesterces. Fortunata alors vend ses bijoux d'or, sa garde-robe, et elle lui met dans

Au surplus, il ne faut pas confondre les donations entre mari et femme avec les donations anténuptiales (1). Ces sortes de donations étaient fréquentes; c'était surtout à la future qu'elles étaient offertes. Je crois avec Saumaise qu'elles datent d'une très-haute antiquité dans le droit romain (2). Nous y reviendrons bientôt.

Il y avait aussi les donations aux parents, *donum nuptialitium* (3).

Nous avons vu que peu à peu le mari avait perdu quelque chose de son absolue puissance sur la dot; que la dot était devenue restituable dans certains cas; que cette obligation lui avait imposé des devoirs de conservation et une res-

---

la main cent écus d'or. Ce fut le levain de sa fortune : Trimalchion se remet à l'œuvre; il fait de bonnes affaires, charge de nouveaux vaisseaux, recueille d'énormes gains; il achète des terres, se fait bâtir un palais, et passe sa vie en orgies et en extravagances.

(1) Ulp., l. 5, D., *De donat. inter vir. et uxor.* : « *Sponsus sponsæ donaverit.* »
Modest., l. 27, *id.*

(2) P. 151, *De usuris.*

(3) Ulp., l. 194, D., *De verb. signif.* ;
l. 1, § 5, D., *De tutelæ et rat.*
Caius, l. 13, D., *De adm. tutor.*

ponsabilité. Ce n'était donc pas assez pour les femmes d'avoir vaincu le régime de la *manus* par le régime de la dot, de s'être rachetées de la puissance maritale par la rançon d'une dot. Le progrès de la législation va consister à altérer davantage le droit du mari sur la dot même. Mais, en attendant, un fait domine dans la littérature : c'est la liberté que le régime dotal assure à la femme ; c'est l'absence de puissance maritale dans les unions où figure la dot. J'ai reçu une dot, s'écrie le personnage d'une comédie de Plaute, c'en est fait : j'ai vendu mon pouvoir marital pour cet argent.

Argentum accepi : dote imperium vendidi (1).

Et, en effet, le mari qui consentait à recevoir sa femme avec la dot renonçait à la *manus*, à cette puissance maritale dont les Romains d'autrefois avaient été si jaloux. La dot est un point d'appui pour la fierté des femmes : *dote fretæ feroces* (2), et le système dotal est une base pour leur esprit de domination (3).

Dotata regit virum
Conjux (4).

---

(1) *Asin.*, I, 1, 74.

(2) Térence.

(3) V. l'*Aulularia* de Plaute, acte 3, scène 5.

(4) Horace, *Carm.*, III, 24, 19.

Ce n'est pas seulement parce que les dots sont riches que les femmes sont arrogantes, c'est parce que la dot a été jetée comme un gâteau sacré dans la gueule de Cerbère, et que, satisfait de cette pâture, il faut qu'il reste sans droit sur la personne de la femme et sur tout ce qu'elle a en dehors de sa dot (1).

Cependant, n'allons pas croire qu'on fait violence à ces maris romains, quand une dot leur est offerte; n'allons pas nous imaginer qu'ils repoussent avec hauteur ce régime d'abaissement pour leur autorité. Au contraire, ils sont avides de bonnes dots; ils les convoitent; ils aspirent au malheur d'épouser une femme opulente. En effet, à Rome plus qu'ailleurs, les dots considérables mettaient les femmes en honneur. Par exemple, Caton, le vertueux Caton, ne partageait pas le moins du monde les principes de notre philosophe Montaigne sur les petites dots. Il déclare hautement que les grosses dots étaient l'objet de ses prédilections. Les filles sans dot avaient beaucoup

(1) Nam quæ indotata est, ea in potestate est viri;
Dotatæ mactant et malo et damno viros.
(Plaute, *Aulul.*, 4, 5, 60.)

de peine à se marier (1), et la dot était même un des signes qui distinguaient les mariages solennels du concubinat (2). Non pas que la constitution de dot fût nécessaire pour le mariage ; cette opinion, enseignée quelquefois (3), n'est pas soutenable (4). Il y avait si bien des femmes légitimes sans dot, que le théâtre, ce reflet véridique, quoique exagéré, des mœurs nationales, porte aux nues, comme des modèles de soumission et d'affection conjugale, les femmes *indotatæ :*

> Hæ sunt, atque aliæ multæ, in magnis dotibus,
> Incommoditates sumptusque intolerabiles :
> Nam, quæ indotata est, ea in potestate est viri ;
> Dotatæ mactant et malo et damno viros (5).

---

(1) Plaute, *Trinummus*, 3, 2 et 3.

(2) *Id., ib.*, 3, 2, 64, 65.

(3) Heineccius sur la loi *Pappia Poppæa,* lib. 2, cap. 13. M. Genouillac, p. 67 et suiv.

(4) M. Laboulaye, *Condit. des femmes,* p. 38 et 39.

(5) Plaute, *Aulularia,* acte 3, scène 6, *in fine.* *Ib.*, 2, 2, v. 150 :

> Meam pauperiem conqueror.
> Virginem habeo grandem, dote cassam atque illocabilem.
> Neque eam queo locare cuiquam.

V. aussi l. *Ult.*, D., *Quæ in fraude creditor.* ;
l. 5, D., *Doli mali except.*

Cicér., *Pro Quinto*, C., 31.

Une fille sage est toujours assez dotée, dit un personnage de l'*Aululaire* de Plaute, qui demande en mariage une fille sans dot :

Dummodò morata rectè veniat, dotata est satis (1).

Le *Sans dot* de *l'Avare* de Molière n'a-t-il pas été pris dans cette pièce du comique latin (2)? Il est donc constant que Rome connaissait de vrais mariages sans dot, comme il y en a toujours eu. Mais ce qui est exact, c'est que les dots étaient ardemment désirées ; c'est que les filles sans fortune vivaient trop souvent dans le délaissement et le célibat; c'est que la dot avait un caractère d'honneur pour la femme qui l'apportait et pour l'union dont elle était une condition. Majorien, du temps de l'empire, eut l'idée de rendre la dot obligatoire (3); mais la novelle 1 de Sévère effaça cette opinion exagérée (4).

Arrivons au règne d'Auguste et à l'empire qui succède à la république dégénérée. Nous

---

(1) Acte 2, scène 2.

(2) *Id.* Mais Molière est bien supérieur à Plaute dans l'expression de cette idée.

(3) Nov. 8.

(4) Cod. Théodos., *Append.* La législation de Majorien eut un caractère marqué d'originalité. (Gibbon, t. 6, p. 392.)

l'avons dit : le mariage libre était de plus en plus dominant, et les femmes ne connaissaient presque plus la puissance maritale (1). La dot devait être restituée dans certains cas, surtout en cas de divorce. Mais ici se présentait un sérieux danger. Quand, après le divorce, la femme exigeait de son mari la restitution de sa dot, il arrivait souvent que celui-ci l'avait aliénée en vertu de son droit de propriétaire, et la femme n'avait contre lui qu'une vaine créance. Elle ne pouvait alors convoler à de secondes noces, et il en résultait un dommage public aux yeux de l'État, pour qui les seconds mariages étaient très-favorables. Auguste fut frappé de cette situation, lorsqu'il s'occupa, dans sa vieillesse, des fameuses réformes qui avaient pour but de relever les mœurs, de remettre le mariage en honneur, de raviver les sources de la population, et de restaurer les finances de l'État, épuisées par les guerres civiles (2).

(1) Tacite, IV, 16.

(2) Lex *Pappia Poppæa*, quam senior Augustus, post Julias rogationes, incitandis cœlibum pœnis et augendo ærario sanxerat (Tacite, 3, 25). La loi *Julia, De adulteris*, se lie aux lois *Julia* et *Pappia Poppæa* et fut le produit d'un même système. Heineccius a commenté les lois *Julia* et *Pappia Poppæa*. Brisson a commenté la loi *Julia, De adulteris* (*infrà*, n° 3202).

Le célibat était devenu, à Rome, une position sociale trop souvent préférée aux soucis de la famille (1); Auguste combattit cet égarement des mœurs, en fortifiant la dignité et les avantages du mariage (2). L'adultère avait dépassé tous les excès; Auguste lui fit la guerre, en portant des peines sévères contre les infracteurs de la foi conjugale, et en cherchant à resserrer un lien trop relâché. Le divorce était un mal profond et invétéré; Auguste voulut le corriger dans ses effets, en rendant plus faciles les secondes unions. A ces points de vue, il lui parut raisonnable et nécessaire d'enlever au mari le droit de vendre le fonds dotal sans le consentement de sa femme. En associant les époux à cet acte de haute administration domestique, il les rendait moins étrangers l'un à l'autre, il confondait mieux leurs intérêts; il les obligeait, en quelque sorte, à se ménager davantage pour mieux s'entendre (3).

---

(1) V., ci-dessus, ce que nous avons dit d'après Pétrone. *Junge* Plaute, *Miles gloriosus*, acte 3, scène 1, et Heineccius sur les lois *Julia* et *Pappia Poppæa*, lib. 1, cap. 2, n° 12.

(2) Heineccius, *loc. cit.*, cap. 3.

(3) *Infrà*, n° 3202.

D'un autre côté, le mari n'était plus maître de laisser sa femme sans ressource à la dissolution du mariage par le divorce ou par son prédécès; la femme pouvait espérer de retrouver sa chose, et l'État de voir se former une seconde union.

Auguste alla plus loin : il voulut que le bien dotal ne pût être hypothéqué pendant le mariage par le mari, même avec le consentement de sa femme (1). Auguste avait déjà défendu aux femmes de cautionner leurs maris (2). De tels contrats avaient de grands inconvénients : ils rendaient les femmes orgueilleuses, insupportables; ils mettaient la captation, puis la désunion dans le ménage. Auguste ne fit que tirer les conséquences de cette mesure de précaution, en défendant à la femme d'hypothéquer son bien dotal : car l'hypothèque de ce bien, consentie par l'épouse, équivaut à un cautionnement prêté à son mari (3). Or, ce secours donné par le plus faible au plus fort, cette protection concédée au mari par sa femme, c'est là un renversement des idées romaines. On sait,

---

(1) *Infrà*, n° 3377.

(2) Ulp., l. 1 et 2, D., *ad senatusconsultum Velleianum*. *Infrà*, n° 3379.

(3) *Infrà, loc. cit.*

au surplus, qu'un peu plus tard le sénatus-consulte Velléien rendit les femmes, mariées ou non, incapables de cautionnement envers qui que ce fût, même envers les étrangers. Les moralistes romains sont remplis de l'arrogance et de la faiblesse des femmes, deux choses qui marchent souvent ensemble. Le ridicule cherche à corriger l'arrogance; les lois se chargent du secours à donner à la faiblesse.

Rien de nouveau, du reste, sur la restitution de la dot, si ce n'est quelques dispositions pénales en cas de divorce. J'ai dit ci-dessus qu'en cas de divorce par la faute de la femme, le mari retenait certaines fractions de la dot proportionnellement au nombre des enfants (1). Les monuments de la jurisprudence parlent d'une autre rétention de la dot, motivée sur les mauvaises mœurs de la femme : *ob mores;* et l'on peut supposer que ce fut la loi *Julia* qui fut l'origine de cette peine. Si le délit de la femme qui donnait

---

(1) Cicér., *Topiq.*, § 4.
Boèce sur ce passage de Cicéron.
Ulp., *Fragm.*, t. 6, §§ 9 et 10.
V. la dissertation de M. Pellat sur ce point : *De la dot*, p. 17.

lieu au divorce était l'adultère (1), elle était punie par la rétention du 6e de la dot. Était-ce une moindre atteinte aux mœurs (2), comme l'ivrognerie, la rétention n'était que du 8e (3). Cette rétention, qui s'appelait *ob mores*, se cumulait-elle avec la rétention *propter liberos?* c'est un problème qui a éveillé de nombreuses discussions (4). Les auteurs allemands modernes s'en sont beaucoup occupés : ce n'est pas une raison pour que la solution en soit plus claire. Quant à nous, nous pensons (mais ce n'est là qu'une conjecture sur laquelle nous n'insistons pas) que le cumul était dans l'esprit de la loi et dans la nature des choses.

Le mari adultère avait aussi sa peine : il était privé de tout délai pour la restitution de la dot; quand la dot était restituable sur-le-champ, il était puni par une perte sur les fruits (5).

Enfin, pour terminer l'esquisse des mesures conçues par Auguste, l'obligation de doter fut

(1) *Graviores mores.*

(2) *Leviores mores.*

(3) Ulp., *loc. cit.*, § 12.

(4) M. Pellat, *loc. cit.*, p. 26 et 27.

(5) Ulp., *loc. cit.*, § 13.

imposée à la puissance paternelle (1). Assurer des dots aux enfants, c'était faciliter les mariages, but principal des réformes de l'empereur (2).

Maintenant faisons une observation qui nous ramène à la nature de la dot. Deux domaines se trouvent en présence pendant le mariage : l'ancien domaine du mari, jadis plein et exclusif; le domaine de la femme, se dégageant à la faveur des institutions nouvelles, partageant le droit du mari, le restreignant, et imposant à ce dernier des obligations étroites de conservation, de responsabilité, de restitution conditionnelle. L'émancipation de la femme a donc marché dans tous les sens; elle a échappé à la *manus* par le mariage libre et la dot; elle échappe à la translation du domaine de la dot dans les mains absolues du mari par des réserves qui retiennent de son côté quelques-unes des prérogatives les plus éminentes de la propriété.

---

(1) Ulp., *Fragm.*, XI, 2°.
L. 19, D., *De ritu nuptiar.*

(2) Les lois d'Auguste limitèrent-elles la quotité des dots? Cujas l'a pensé (V. *infrà*, n° 3043). Heineccius en doute (lib. 2, cap. 14, n° 7, de ses commentaires sur la loi *Pappia Poppæa*).

Mais c'est sous Justinien que le droit de la femme se complète et garde tous ses attributs. La dot n'était pas restituable, avant ce prince, par le prédécès de la femme; elle est restituable dans tous les cas par les lois de Justinien : la femme en a le domaine naturel sans réserve, sans restriction; le mari n'y a qu'une propriété civile, temporaire, limitée à la durée du mariage.

Ce n'est pas tout : la dot prend un autre caractère.

Auguste avait permis aux deux époux d'aliéner les immeubles dotaux, mais non pas de les hypothéquer. Justinien met sur la même ligne l'aliénation et l'hypothèque; il n'admet pas la différence entre ces deux contrats, et voit autant de dangers dans l'aliénation que dans l'hypothèque; il proclame l'inaliénabilité de la dot immobilière, même du consentement de la femme. Il veut que ce soit un fonds amorti pendant le mariage, mis hors de commerce et uniquement consacré à soutenir les charges du ménage.

Ce n'est pas tout encore, et une hypothèque générale et légale est accordée à la femme sur les biens de son mari pour la restitution de ses apports. L'empereur voulut même qu'elle eût

préférence sur les créanciers antérieurs au mariage.

On conviendra que ces priviléges excessifs, contraires au crédit, hostiles à tout mouvement, méritent bien à Justinien son titre d'*uxorius*. Il semble qu'il se soit repenti d'être allé aussi loin; car, un peu plus tard, il revint sur ses pas, et il voulut que l'aliénation de la dot fût valable, si elle était confirmée par la femme après la dissolution du mariage.

Néanmoins, un esprit de protection exagéré est le véritable caractère de cette législation. Le progrès y est sacrifié à la conservation, et l'on trouve, dans les lois sur l'association conjugale, un reflet de la politique qui dirige la politique de l'empire.

La société est battue en brèche; de tout côté l'empire reçoit de profondes blessures; chaque jour se détache un membre de ce colosse expirant. Le gouvernement n'a qu'une vue, une pensée : ce n'est pas de s'agrandir, c'est de maintenir son intégrité compromise, c'est de conserver les fragments encore debout de la monarchie.

De même, dans le domaine des intérêts privés, lorsque la dépopulation fait de si rapides progrès, lorsque tant de familles dé-

croissent et s'éteignent, ce n'est pas le progrès qui préoccupe le législateur : c'est le sentiment de la conservation. Il y aurait trop d'ambition à viser au développement de la richesse domestique. Trop heureux ceux qui se maintiennent dans leur état, et emportent jusqu'à la mort leur honnête médiocrité; trop heureux ceux qui conservent!

En un mot, de ce régime dotal de Justinien, on peut dire qu'il est parfaitement approprié à une époque de décadence, ou tout au moins stationnaire, à une époque où le plus grand bien de la vie, c'est de ne pas la finir plus mal qu'on ne l'a commencée, et où l'espérance, mêlée de découragement et d'inquiétudes, ne saurait s'étendre jusqu'au progrès.

Quoi qu'il en soit, nous apercevons ici un singulier retour des choses d'ici-bas. Au début de la société romaine, tout est arrangé dans l'intérêt du mari : par la législation de Justinien, tout est arrangé dans l'intérêt de la femme. Par le droit ancien, c'est la condition de la femme qui est la plus mauvaise : par le droit nouveau, c'est la condition du mari qui est la moins bonne, et c'est avec beaucoup d'à-propos que Cujas a dit : *In multis articulis juris, deteriorem esse conditionem feminarum quàm masculorum : sed in causâ dotium,*

certè est melior conditio feminarum quàm masculorum (1).

Après avoir tracé l'histoire de la dot, il faut parler d'une espèce de donation nuptiale qui prit, sous les empereurs chrétiens, un caractère original.

Nous avons dit tout à l'heure que les futurs époux se faisaient, avant le mariage, des donations dont le Digeste fait mention. Ces libéralités n'avaient rien d'obligatoire; elles n'étaient pas nécessaires pour la perfection des noces. Mais elles étaient dans les mœurs des Romains (2) comme dans les habitudes des Grecs et de presque tous les peuples. On les appelait *sponsalitia* (3), ou

---

(1) *Recitat. solemn.* sur le titre du Code Justinien : *De rei uxor. act.*

(2) La loi *Cincia* exceptait les futurs époux de ses prohibitions ; elle considérait ces donations comme favorables (*Fragm. Vatic.*, § 302).

(3) Saumaise, *De usuris*, p. 147 à 149. Ou bien *Sponsalitia donatio*, d'après Sidonius Appollinaris, VII, epist. 2. Il parle d'une belle-mère qui se plaint que son gendre a exagéré sa fortune à plaisir, et n'a fait qu'une donation *sponsalitia* fort exiguë à sa fille. « *Et tunc demùm de mancipiorum sponsalitiæ* » *donationis paucitate mœrere.* »

antè nuptias donatio (1), ou *antè nuptias munera* (2). C'était un témoignage d'affection, consistant ordinairement en superfluités, telles que bijoux, vêtements et esclaves (3). Quelquefois néanmoins c'étaient des fonds de terre qui étaient donnés [*fundum*, *prædia* (4)]. Le plus souvent le fiancé était le donateur, bien qu'on trouve des exemples où le futur reçoit des parents de la future des chevaux et des biens fonds (5).

En elles-mêmes, ces donations n'avaient rien qui les distinguât des autres donations. Bien qu'elles fussent faites *sponsalium causâ* (6), elles étaient pures et simples; si le mariage n'avait

---

(1) Modestinus, l. 27, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

(2) Alexand., l. 2, C., *De donat. antè nupt.*
Carus Carinus et Numerianus, l. 7, C., *De donat. antè nupt.*

(3) Diocl. et Maxim., l. 10, C., *De donat. antè nupt.*
Sidonius Apollinaris, *loc. cit.*
L. 1, 13, *id.*

(4) Diocl. et Maxim., l. 8 et 12, C., *De donat. antè nupt.*

(5) *Id.*, l. 10 et 12, *De donat. antè nupt.*
Constantin, dans la loi 15, C., *De donat. antè nupt.*, suppose aussi que l'époux peut recevoir une libéralité *antè nuptias*, mais il ajoute (l. 16) que c'était rare.

(6) Alexandre, l. 3, C., *loc. cit.*

pas lieu, elles n'étaient pas restituables, à moins que le contrat ne renfermât une réserve à cet égard (1).

Constantin apporta à cet égard un changement remarquable. Sa constitution est d'autant plus curieuse qu'elle constate l'usage du baiser anténuptial, que nous verrons plus tard régner dans le Midi, et dont l'empereur nous montre l'existence dans l'Espagne. Il voulut que, si le mariage venait à manquer par la faute du conjoint gratifié, la donation fût considérée comme non avenue, mais qu'elle sortît à effet, si le mariage manquait par la faute du donateur (2). Que si le mariage manquait par la mort, lorsque déjà le baiser anténuptial était donné, la donation faite à la future tenait pour moitié et était révoquée pour moitié (3) ; mais si le baiser n'avait pas été donné, la donation tombait pour le tout. Le futur devait payer, par le maintien partiel de la donation, cette faveur qu'il avait reçue de la future. Si la donation était faite au futur par la future, cas plus rare, dit l'empereur, *quod*

(1) Diocl. et Maxim., l. 10, 11, 14, C., *loc. cit.*
(2) L. 15, C., *loc. cit.*
(3) L. 16, *id.*

raró accidit, la mort faisait évanouir la donation pour le tout, soit que le baiser eût été donné, soit qu'il n'eût pas été donné.

Nous avons fait remarquer que le *sponsalitium* était plus rare de la femme au futur que du futur à l'épouse. Quelle en est la raison? Ce n'est pas, comme le dit ridiculement Godefroy, parce que la femme est avare (1), mais c'est parce que le mari avait, par le gain éventuel de la dot, des avantages qu'il n'était pas juste de laisser sans compensation. La femme chrétienne avait grandi en honneur et en dignité : les mœurs introduisaient une certaine réciprocité de gains entre elle et son futur.

Jusqu'ici nous ne voyons rien d'extraordinaire et d'inconnu dans les donations *antè nuptias*. Ces donations sont celles dont les Prudents ont parlé, qu'Ulpien a mentionnées dans divers endroits (2), que Modestin appelle formellement du nom de *donatio antè nuptias* (3), et qui sont appelées plus particulièrement *sponsalitia* dans le Code de Jus-

---

(1) Sur la loi 16 précitée.

(2) L. 5, D., *De donat. inter vir. et uxor.*
L. 17, § 1, D., *De jure dotium.*

(3) L. 27, D., *eod. tit.*

tinien (1). Pourquoi donc Justinien dit-il, dans les Institutes, que la donation *antè nuptias* était tout à fait inconnue des anciens Prudents : *quod veteribus Prudentibus erat incognitum* (2)? C'est qu'après Constantin il s'introduisit, dans la jurisprudence, une espèce de donation anténuptiale fort différente des *munera sponsalitia*. C'était une donation émanant seulement du mari, et jamais de la femme (3). Par ce nouveau contrat, le mari se constituait une contre-dot qui faisait le pendant de la dot de la femme. La dot était offerte par le mari à la femme, de même que la femme apportait la dot au mari. *Donatio propter nuptias*, dit Cujas, *est contractus quo quis dotem contrariam uxori offert* (4). Elle avait la même nature que la dot. Toutes deux pouvaient s'appeler *donation*, toutes deux pouvaient

---

(1) *V.* le titre du C., *De donat. antè nupt.* et *Sponsalitiis*. Les premières lois de ce titre s'occupent des *Sponsalitia ;* les quatre dernières de la donation *propter nuptias* (Cujas sur ce titre du Code).

(2) *De donat.*, § 3.

(3) Vinnius sur les *Instit.*, *De donat.*, § 3: « *Hæc fit à solo sponso.* »

(4) Sur le C., *De donat. antè nupt.*

s'appeler *dot* (1); elles remplissaient respectivement une fonction et un but analogues. Marchant d'un même pas, elles assurent à chaque époux des avantages pareils (2). Si le prédécès du mari fait gagner à l'épouse la donation ou une partie de la donation, le prédécès de l'époux fera gagner au mari la dot ou une partie de la dot (3). Si le mari doit rendre la dot, la femme doit laisser la donation remonter au mari. Dans les premiers temps, la donation *antè nuptias* ne pouvait excéder la dot, mais elle pouvait être moindre. Par le dernier état des choses, elle devait être égale à la donation, ni plus ni moins (4). Du reste, la donation *propter nuptias* n'était pas obligatoire; il pouvait y avoir dot sans donation *propter nuptias*, mais il ne pouvait y avoir donation *propter nuptias* sans dot (5).

---

(1) Léo et Aultremius, l. 9, C., *De pact. conventis.*
Justinien, l. 20, C., *De donat. antè nupt.*

(2) *Pacta æqualia de lucro nuptiali* (Cujas, *loc. cit.*).

(3) *Id.*

(4) Justinien, novelle 99.
Cujas sur le titre précité du Code.
Saumaise, p. 149.

(5) *Petri exceptiones*, 1, § 43.

Nous ne nous arrêterons pas davantage sur ce sujet (1). On connaît maintenant l'ensemble du droit romain sur les combinaisons matrimoniales usitées dans l'empire. Il est temps d'arriver aux vicissitudes de ce droit dans les Gaules, séparées de l'empire d'Occident et conquises par les Germains.

Les Gaules étaient régies par le Code Théodosien, lorsque les Barbares vinrent, au 5[e] siècle, les arracher à l'empire d'Occident. Les Wisigoths occupèrent la partie méridionale, les Burgondes la partie centrale, les Francs le nord et l'est (2). Le *Breviarium Alarici*, rédigé en 506

(1) On peut voir ce qu'en ont dit :
Glück, t. 25, § 1242.
MM. d'Hauthuille, *Revue de législat.*, t. 8, p. 344 et suiv.
Genouillac, *Régime dotal*, p. 97 et suiv.
Laboulaye, *Succession des femmes*, p. 44.
Je m'en suis tenu surtout à Cujas, moins conjectural et plus sûr que l'école allemande.
V. aussi M. Ortolan, *Instit.*, t. 1, p. 341, et
Vinnius, *loc. cit.*

(2) MM. Mignet, *Mémoire de l'Acad. des Sciences morales et politiques*, concernant l'ancienne Germanie, et de Savigny, chap. 1, § 4.

pour les provinces wisigothes, simplifia la législation théodosienne; à la faveur d'une forme plus abrégée, il devint le code des populations vivant dans toute l'étendue des Gaules sous la loi romaine. C'est dire assez que le régime dotal des Gallo-Romains ne fut pendant longtemps, même après l'invasion, que le système antérieur à Justinien, et que la donation *propter nuptias* conserva le caractère que nous lui avons trouvé avant ce prince. Cependant la connaissance des lois de Justinien pénétra d'assez bonne heure dans les Gaules; le clergé y aperçut des principes favorables et une meilleure disposition des matières; il les consulta, il y puisa des citations, des autorités, des pratiques qui s'allièrent peu à peu avec le *Breviarium*. Les vieilles formules d'Auvergne (1), de la fin du 6e siècle environ, prouvent que le code de Justinien n'était pas inconnu dans cette province, gouvernée cependant par la législation théodosienne; et, au 9e siècle, on voit Louis-le-Débonnaire fonder, sur le Code de Justinien, plutôt que sur le *Breviarium*, des ordres qu'il envoie à la Septimanie (2). Dans les conciles, Justi-

(1) M. de Savigny, t. 2, p. 108.

(2) *Id.*, p. 91.

Vaissette, t. 1 : preuves p. 49 et 67 ; actes de 816 et 835.

nien est sans cesse invoqué, quand on a besoin de ses recueils (1). C'est ce qui explique comment le droit romain, suivi dans les Gaules, se plia insensiblement à l'autorité des lois de Justinien, qui enfin devinrent la loi préférée, la loi vivante. Le *Petri exceptiones*, composé dans la province de Valence, vers le milieu du 11e siècle (2), est autant accommodé au Code Justinien qu'au *Breviarium*.

Comme la population gallo-romaine était beaucoup plus nombreuse dans le Midi et le royaume de Bourgogne que dans les autres parties des Gaules occupées par les Germains, le droit romain y resta la loi dominante. C'est là qu'avaient brillé les derniers reflets de la civilisation romaine, que les lettres et les arts de Rome avaient compté leurs derniers disciples, que les vieilles mœurs avaient conservé les racines les plus profondes. Quand la barbarie eut éteint les lumières de l'esprit et tous les biens précieux de la culture intellectuelle et morale, qui sont comme le luxe de la vie humaine, le droit, ce nécessaire de toutes les sociétés, cet élément qui résiste aux révo-

(1) *Id.*, chap. 15, p. 225 et 226.
(2) P. 118.

lutions, avec une si patiente énergie, le droit survécut au naufrage de la civilisation antique dans la partie des Gaules dont nous parlons; il subsista pour la représenter dans ce qu'elle avait eu de plus intime, de plus général, de plus populaire. Ce furent ces contrées qui furent appelées pays de droit écrit : *regiones in quibus secundum legem romanam judicantur judicia* (1).

Là régna donc le régime dotal, et non-seulement le régime dotal de la loi *Julia*, mais le régime dotal fortifié par tous les priviléges de Justinien et par toutes les barrières qui mettent le bien de la femme en dehors du mouvement du commerce (2). La dot était inaliénable; il fallait qu'elle fût conservée religieusement pour être rendue à l'épouse, à ses enfants, à ses héritiers. On s'attacha, comme à une nécessité de premier

(1) *Edict. Pictanze*, § 20.
Baluze, t. 2.
Petri except., 2, § 31.

(2) On trouvera aux nos 3212 et suiv. quelques détails sur l'époque de l'extension du droit de Justinien aux pays du Midi. Nous parlerons au n° 3215 de l'affranchissement du Lyonnais, du Mâconnais, du Forez et du Beaujolais, du régime de l'inaliénabilité dotale.

ordre, à cette règle du droit dotal : *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse.* On y vit une sauvegarde inviolable et sacrée des intérêts de la famille, un des priviléges de ces biens dotaux, qui faisaient des pays de droit écrit une terre de conservation.

Quant aux donations anténuptiales, dont l'usage était tellement répandu, que le *Petri exceptiones* du 11e siècle semble les considérer comme aussi nécessaires que la dot dans le mariage des comtes, des ducs et des rois (1), nous les voyons figurer dans les diplômes, sous la forme de présents faits pour honorer la future et lui témoigner de l'affection et du respect, bien plus qu'avec le caractère de contre-dot, que ces donations avaient revêtu dans la législation de Justinien. Elles sont, en un mot, telles que les ont faites la science des Prudents et les constitutions des empereurs d'Occident, telles qu'elles étaient du temps de Sido-

---

(1) 1, § 30.

V. aussi dom Vaissette, t. 3, p. 196 : Legalis est ordo et antiqua consuetudo, et etiam de jure tenetur, secundùm institutionem antiquam, ut conjugium cum dote vel donatione propter nuptias fiat.

nius Apollinaris (1). Ces donations sont quelquefois très-considérables; le plus souvent elles sont viagères; parfois cependant elles sont de toute propriété.

En voici quelques exemples :

En 1005, Foulques donne à Odile, sa fiancée, suivant la loi romaine, et en recevant d'elle le premier baiser (*dans illi primi osculi per sponsalitium*), plusieurs terres considérables situées dans les environs de Marseille et de Toulon, pour les tenir et posséder et les transmettre après sa mort aux enfants à naître du mariage (2). On reconnaît là l'usage du baiser anténuptial, que Constantin nous a montré en Espagne, et que nous trouvons ici en Provence comme se joignant au présent de noces, et étant le premier don de la future.

En 1095, Bertrand, fils de Raymond, comte de Toulouse, donne en *sponsalitium* à Electa, sa future, *sicut lex mea romana est*, les ville et comté

---

(1) VII, *epist.* 2.
V., *suprà*, ce que j'en ai dit en note.

(2) *Hist. de Marseille*, par Ruffi, t. 1, p. 484.
MM. de Savigny, chap. 9;
Genouillac, appendice, n° 4.

de Rhodez, pour en jouir en toute propriété, si elle survit au futur (1).

Autre *sponsalitium,* appelé aussi *donatio propter nuptias,* dans un contrat de mariage d'Armand de Béziers avec la fille de Bertrand Aton. Ce *sponsalitium* n'est que de l'usufruit. On peut remarquer que ces mots : *donatio propter nuptias,* appartiennent à la législation de Justinien; mais aucune circonstance de l'acte ne montrait le *sponsalitium* comme faisant fonction de contre-dot.

Nous retrouvons le baiser anténuptial avec le *sponsalitium* pour présent, dans un acte de 1365, dans lequel Guillaume, comte de Beaufort et d'Alès, épouse Catherine d'Adhémar, du père de laquelle il reçoit en dot 5,000 florins d'or de Florence, tandis que Beaufort, *in osculum dictique matrimonii contemplationem,* donne à Catherine le château et la châtellenie de Saint-Étienne (2).

---

(1) *Hist. de Languedoc,* t. 2 : preuves, p. 338 et 339.
MM. de Savigny, *loc. cit.*
Genouillac, *loc. cit.;*

(2) Papon, *Hist. générale des provinces,* t. 3 : preuves, n° 46.
M. Genouillac, *loc. cit.* Dans cet acte la dot, et la donation *Sponsalitia,* sont juxtaposées. Mais on remarquera qu'il n'y a aucune condition pour égaliser les gains entre époux, ainsi que le voulait Justinien.

Nous ne multiplierons pas les exemples; mais une remarque importante est nécessaire. On voit, en effet, très-souvent le futur joindre au *sponsalitium* un autre don tout à fait distinct, que les titres appellent *dotalitium*. C'est ainsi que Foulques, après avoir donné à Odile, sa future, le présent qui sert de récompense du premier baiser, et formellement nommé *sponsalitium*, lui donne, par un acte subséquent du même jour, mais séparé, un *dotalitium* composé de la moitié de tous ses meubles présents et futurs, tels que esclaves, or, argent, troupeaux, bêtes, etc.

De même, le fils du comte de Toulouse, outre le *sponsalitium* consistant dans les comté et ville de Rhodez, donne en toute propriété, en cas de survie, à Electa, sa future, à titre de *dotalitium*, la ville, l'évêché et le comté de Vivier, la ville, l'évêché et le comté d'Avignon, la ville, l'évêché et le comté de Digne; et ce qui doit appeler l'attention, c'est que l'acte ajoute : *Sicut mea lex romana est*. Plusieurs ont pensé, pourtant, que c'est plutôt une imitation de la dot germanique (1), du douaire wisigoth (2). Il est très-probable, en effet, que les

(1) M. de Savigny, *loc. cit.*, note 73.
(2) M. Laboulaye, p. 135 et 136.

grands de cette époque ont tenu à honneur de ne pas rester étrangers à un usage qui, en se rattachant aux temps de la conquête, était une sorte de preuve de la noblesse de leur race. Aussi les voit-on invoquer tout à la fois la loi romaine et la loi gothique ou salienne, comme celle de leurs personnes (1). Nous croyons, au surplus, que, par la suite des temps, le *sponsalitium* et le *dotalitium* se confondirent dans une seule et même idée, et que l'usage romain, représenté par le *sponsalitium*, et l'usage germanique, représenté par le *dotalitium*, n'offrirent plus aux praticiens peu éclairés de cette époque de différence appréciable. C'est ce qu'on peut inférer du contrat de mariage de Guillaume VII, sire de Montpellier, avec Mathilde de Bourgogne, en 1156. Le don du futur à sa future est tour à tour appelé *sponsalitium*, *donatio propter nuptias*, *dotalitium* (2).

---

(1) Donat. à cause de noce du comte de Toulouse ; Charte de 1037. Vaissette, t. 2, n° 200 : « Multùm declarat auctoritas, et lex Romanorum, et Gothorum, sive Salicorum, ut unusquisque homo qui de propriis rebus suis dare, aut cedere, aut conservare voluerit, licentiam habeat. »

(2) Dom Vaissette, t. 2 : preuves, n° 411, p. 448.

On voit la même confusion dans les statuts de Montpellier, art. 95, et dans les *Consuetudines Tholosæ*

Maintenant, nous devons faire remarquer que cette existence de la donation *sponsalitia*, telle qu'elle existait avant Justinien, n'est pas une raison de croire que la donation *propter nuptias* de cet empereur n'eût pas aussi pénétré dans la Gaule méridionale. Tout se trouve pêle-mêle dans le chaos du moyen âge. Nous venons d'y rencontrer la dot, le *sponsalitium*, le douaire wisigoth; il est certain que la contre-dot de Justinien n'y fut pas méconnue et qu'elle y eut même son règne constaté dans certains districts : témoin le *Petri exceptiones*, espèce de coutume romaine, écrite au 11e siècle dans le territoire de Valence; témoin les statuts de Montpellier, qui portent : « *Dotes aut hæreditates, aut propter nuptias donationes, vel sponsalitiæ largitates, æquis partibus non ambulent* (1). » On peut également citer les *Consuetudines Tholosæ* (2) comme une trace évidente de cette législation du Bas-Empire.

(1) Art. 95. Ils sont rapportés tout au long dans l'*Essai sur l'histoire du droit français*, de M. Giraud, t. 1, p. 68, notes. La coutume de Carcassonne est conforme.

(2) Rubrica *de Dotibus*, nos 1, 2 et 3 (cout. gén., t. 4, p. 1051). M. d'Hauthuille (*Revue de législat.*, t. 8, p. 365).

Mais peu à peu la donation *propter nuptias* tomba en désuétude (1). Elle se transforma et se fondit dans une autre combinaison, que l'on connut sous le nom d'augment de dot, *augmentum dotis*, *incrementum dotis*, et qui joua un grand rôle dans les pays de droit écrit. Comment cette métamorphose s'opéra-t-elle? c'est une de ces questions auxquelles on ne peut répondre que par des conjectures. Peut-être les croisades y contribuèrent-elles, en faisant connaître aux Français du Midi l'*hypobolon*, qui correspond à l'augment des dots chez les Grecs d'Orient, et qui est une dégénérescence de la donation *propter nuptias*. C'était du moins une opinion assez généralement établie autrefois (2). Mais pourquoi le même travail de métamorphose ne serait-il pas fait en France sans imitation? L'*hypobolon*, qui, dans l'origine des mœurs grecques, n'était

(1) Cujas, 5, observ. 2, dit expressément: Aujourd'hui nous ne connaissons plus les donations *propter nuptias*.

(2) V. là-dessus Delaurière, *Glossaire*, v° *Augment*.
Bretonnier, *Quest. alphab.*, v° *Augment*.
Boucher d'Argis, *Traité des Gains nuptiaux*.

qu'un cadeau de noces (1), était devenu la donation *propter nuptias* (2), puis, dans le Bas-Empire, un gain de survie pour l'épouse (3). Je ne vois pas pourquoi la donation *propter nuptias* n'aurait pas suivi, dans les pays de droit écrit, une modification semblable. Au surplus, et sans nous arrêter plus longtemps à des hypothèses, disons que l'augment de dot était un droit attribué à la femme survivante, de prendre dans les biens du mari une certaine part (ici la moitié, ici le tiers), qui s'ajoutait à sa dot, qui l'augmentait, et que, pour cette raison, on appelait augment. Ce genre de libéralité, étudié de près, présente un mélange curieux des idées qui ont présidé à la donation *propter nuptias*, au douaire, au *morgengab* et à l'*hypobolon* des Grecs. L'augment tient de la donation *propter nuptias*, parce qu'il n'a lieu qu'au profit de la femme dotée, et que, là où il n'y a pas dot, il n'y a pas augment de dot (4). Mais il en diffère en ce que la do-

(1) Saumaise, p. 149.

(2) *Id.*

(3) *Id.*

(4) Favre dit en effet : *Non potest augmentum dotis esse sine dote* (*Code, De donat. ante nupt.*, def. 7).

nation *propter nuptias* n'avait pas lieu de plein droit, tandis que l'augment est un avantage statutaire. Par contre, il se rapproche de la donation *propter nuptias,* en ce que cette donation ne pouvait procurer à la femme que des avantages proportionnels, suivant Léon et Anthémius, et égaux, suivant Justinien, à ceux que la dot procurait au mari. Et comme l'augment réglait sa quotité en proportion de la dot, la moitié, le tiers (1), il se rapprochait de la donation *propter nuptias* et en reproduisait la pensée fondamentale.

L'augment tient du douaire (2), il est un gain de survie ; mais il en diffère en ce que le douaire est indépendant de l'existence d'une dot.

L'augment tient du *morgengab* en ce que, dans certaines provinces, telles que la Savoie et le Bugey, il n'a lieu qu'au profit de la vierge qui se marie, et jamais au profit de la veuve qui convole, et qu'ainsi il est en quelque sorte le *præmium*

---

(1) Bretonnier, *Quest. alphab.,* v° *Augment.*
Favre, *Code, De donat. ante nupt.,* def. 3.
M. Merlin, *Répert.,* v° *Augment.*

(2) Saumaise, p. 149.

virginitatis (1). Mais il en diffère en ce que ce caractère ne se manifeste pas dans toutes les coutumes qui l'admettent, et que, de plus, le *morgengab* n'est pas subordonné à l'existence de la dot, tandis que l'augment, dans les pays où il est refusé à la veuve, ne vient récompenser la virginité de la future qu'autant qu'elle est dotée (2).

Enfin, bien qu'il soit vrai de dire avec Cujas (3), et quoi qu'en pense Saumaise (4), que l'augment dans beaucoup de provinces ne se distingue par de l'*hypobolon*, cependant il est certain que, dans celles où l'augment rappelle le *morgengab*, l'augment ne saurait être comparé à l'*hypobolon*, qui est tout à fait distinct du *morgengab* (5); car le *morgengab* germanique n'est que le *theoretrum* des Grecs; et le *theoretrum*, présent exclusivement réservé à la vierge, n'a rien de commun avec l'*hypobolon*, qui correspond à

(1) Favre, *Code*, *De jure dotium*, def. 1, et *De donat. ante nupt.*, def. 3, note 1.

(2) Favre, *loc. cit.*

(3) 5, *observ.* 2.

(4) P. 149.

(5) Saumaise, p. 145.

d'autres idées, et que la veuve peut recevoir aussi bien que la vierge (1).

Au reste, rien n'était plus *intrigué et plus indigeste* que cette matière de l'augment; je me sers des paroles de Bretonnier. Il est heureux que la jurisprudence soit dégagée de cet embarras (2).

Enfin, pour terminer l'esquisse des combinaisons matrimoniales des pays de droit écrit, nous dirons que, dans le ressort du parlement de Bordeaux, il était d'usage de joindre au régime dotal une société d'acquêts. Si le régime dotal est con-

---

(1) La vierge pouvait recevoir le *Theoretrum* et l'*Hypobolon*.

(2) Outre l'augment, il y avait dans quelques provinces de droit écrit un gain de noces et de survie que l'on accordait à l'épouse, pour bagues et joyaux (voy. Bretonnier, *Quest. alph.*. v[is] *Bagues et Joyaux*, et sur Henrys, 18[e] plaid. *Junge* Boucher d'Argis, *des Gains de survie*).

Enfin, dans certains parlements, la femme pauvre jouissait du quart en propriété des biens de son mari et du quart en usufruit, quand il y avait des enfants du mariage. Ce droit, connu sous le nom de *quarte de femme pauvre*, était fondé sur les novelles 53, ch. 6, et 117, ch. 5, D., Justinien, et sur l'Authentique *prœtereà*, C., *undè vir et uxor*. Comme la femme n'avait aucun droit de communauté avec son mari, on avait voulu éviter que la veuve d'un homme riche fût réduite à déchoir de son rang et à vivre dans la misère (Bretonnier, *Quest. alph.*. v° *Femmes*).

servateur, il est stationnaire ; il a le défaut de ses qualités, comme on le dit aujourd'hui d'une manière assez bizarre ; il préserve la femme de toute perte, il ne l'associe à aucun progrès. La diligence de la mère de famille est cependant un élément d'activité et de prospérité, qu'un régime intelligent doit exciter ; la femme romaine se vantait de cette diligence laborieuse : *altera diligentiam matrisfamiliæ jactat* (1) ; la femme française peut rivaliser avec elle par cette qualité solide d'une bonne mère et d'une épouse. Mais le régime dotal ne sait pas tirer parti de cette vertu ; il ôte à la femme toute émulation, en attribuant au mari seul tous les bénéfices des soins actifs de la femme. La société d'acquêts, jointe au régime dotal, corrige ce vice d'organisation. Cette sorte d'association limitée avait une grande vogue dans le ressort du parlement de Bordeaux (2) ; elle y subsiste encore, et il serait à désirer qu'une si sage combinaison s'étendît à d'autres contrées pour y

---

(1) Pétrone, *Satyr.*, 67.

(2) M. Tessier a fait un traité de la *Société d'acquêts*, où ce point de l'ancienne jurisprudence bordelaise est traité avec beaucoup de savoir et d'exactitude.

tempérer les vices inhérents à la dotalité pure (1).

Il faut voir maintenant le système des pays coutumiers.

Là, l'invasion des Francs avait pénétré d'une manière plus profonde que dans les contrées conquises par les Wisigoths et les Burgondes. Les bandes des Francs, plus nombreuses, s'étaient posées sur le sol en grande partie désert ; elles avaient créé des établissements dans les campagnes, opéré des défrichements, construit des villages, et l'élément germanique avait énergiquement conservé son originalité, en présence des populations indigènes, beaucoup plus rares que dans le Midi. A la longue, il s'était opéré, dans le droit des vainqueurs et des vaincus, une fusion pareille à celle du langage. De même que la langue cessa d'être l'idiome teutonique et la langue latine, pour devenir la langue française, de même le droit ne fut plus ni le droit salique, ni le droit romain. Ce sont ces pays qu'on appela pays de coutume, par opposition aux pays de droit écrit, et dont les Méridionaux disaient au 11e siècle :

(1) La société d'acquêts était également pratiquée en Normandie, mais sur des bases particulières.

Aliæ partes, ubi sacratissimæ leges incognitæ sunt (1).

Dans ces pays, le régime dotal disparut entièrement. Il fut remplacé par le régime de la communauté, combinaison tout à fait inconnue du monde romain, sinon dans son principe (2), au moins dans son application systématique et dans son développement régulier, complet et populaire (3).

Mais comment le régime de la communauté a-t-il pris cette grande autorité? qui lui a donné cette extension si considérable?

Cette question a fort occupé les savants. Tous ne sont pas tombés d'accord.

Les uns ont cru trouver, dans un usage gaulois

---

(1) *Petri except.*, liv. 2, § 31.

(2) On voit des sociétés ordinaires entre mari et femme :
L. 16, § 3, D., *De alim. legat.*
L. 31, § 3, D., *De donat. inter vir. et uxor.*
V. Martial, cité ci-dessus.

(3) Bouhier sur Bourgogne, t. 1, p. 175, croit cependant voir l'origine de la communauté dans les lois romaines. Il semblerait que ce serait aussi l'opinion de M. Giraud (*Essai sur l'histoire du droit français*, t. 1, p. 56).

rappelé par César, le berceau de la communauté (1). Mais cette opinion n'est pas soutenable. Si la communauté était un de ces débris vivaces du droit celtique, pourquoi ne se serait-elle maintenue que dans les pays coutumiers? pourquoi pas aussi dans les pays du Centre et du Midi? pour quelle raison aurait-elle absolument péri ici, tandis que là elle aurait poussé des racines qui auraient étouffé le régime dotal?

Si d'ailleurs on y regarde de près, on reconnaîtra tout de suite que le régime celtique est fort différent de la communauté. En voici, en effet, le mécanisme : la femme apporte une dot; le mari fait de son côté une mise égale. Après une estimation, qui a pour but de constater cette égalité, on fait masse de ce double apport; on en met les fruits en réserve. Le survivant gagne le tout, avec les fruits du temps écoulé (2). Qu'y a-t-

(1) Lebrun, chap. 1.
Coquille, quest. 64.
Cette opinion est celle qui prévaut dans les discours des orateurs du gouvernement sur le Code civil.
Groleg.

(2) « Viri, quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine, re-
» ceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione factâ, commu-
» nicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur; fruc-

il de semblable entre cette combinaison aléatoire, ce gain réciproque de survie, et la communauté (1)? Et cette totalité des fruits que l'on met en réserve, par une conception tellement singulière, qu'on ne voudrait pas le croire, si César n'en était le garant (2), quel rapport a-t-elle avec la communauté, qui consacre au contraire les fruits aux dépenses quotidiennes du ménage?

D'autres ont cherché l'origine de la communauté dans les entrailles du droit germanique (3); mais il est impossible à la critique de l'y trouver (4). Si elle en fût émanée, elle aurait vécu de bonne heure sur toute l'étendue de l'Allemagne; elle s'y perdrait, comme en France, dans la nuit des temps, tandis qu'elle est, sinon inconnue, du moins exceptionnelle pendant la durée du moyen âge, et ne date, comme droit commun, que

» tusque servantur. Uter eorum vitâ supererit, ad eum pars » utriusque, cum fructibus superiorum temporum, pervenit. » (César., *De bello gallico*, 6, 20.)

(1) M. Laferrière, *Hist. du droit français*, t. 1, p. 169.

(2) V. Heineccius, *Elem. juris germanici*, § 233.

(3) M. Zœpffl. *Revue étrangère de M. Fœlix*, 1842, p. 178.

(4) M. Laferrière, *Revue étrangère*, 1847, p. 862.

du mouvement industriel et commercial du 16e siècle (1). Nous allons étudier d'ailleurs, dans un instant, le véritable esprit du droit germanique, et nous acquerrons la conviction intime que la communauté est étrangère à ses combinaisons. Je dis donc que la communauté ne doit pas être reportée au droit germanique, et je pense avec Montesquieu (2) qu'elle est du droit français (3).

Chez les Germains, le mari achète la femme (4). *Si vir virginem mercetur, pretio empta sit,* dit la loi des Saxons (5). Nous avons déjà vu cet usage régner dans les temps héroïques de la Grèce et dans l'antiquité orientale. Il existe encore dans les lois indiennes (6) et dans la législation du Coran (7).

---

(1) MM. Genouillac, p. 252 et 253.
Laboulaye, p. 375 et 376.

(2) Montesquieu, VII, 15.

(3) M. Klimrath, *Revue de législation*, t. 4, p. 60 et 61.

(4) Saumaise, p. 145 et 146.

(5) T. 6.

(6) Lois de Manou : 8, — 41, 46, 217.
9, — 72, 82, 174, 182.

(7) T. 1, chap. 4.

C'est l'usage des peuples peu avancés en civilisation. Tacite l'a constaté chez les Germains dans ce passage célèbre : *Dotem non uxor marito, sed uxori maritus offert. Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant. Munera, non ad delicias quæsita, nec quibus nova nupta comatur, sed boves, ac frænatum equum, cum frameâ gladioque. Atque invicem ipsa armorum aliquid viro adfert* (1). Mais, si j'ose le dire, Tacite a parlé de cet usage sans le bien comprendre, et pour trouver une occasion de faire la critique de ses compatriotes. Il croit que le mari donne une dot à l'épouse : ces mots sont tout à fait impropres pour le temps où vivait l'illustre historien ; ils prouvent qu'il n'a pas une véritable intelligence de ce qu'il raconte. Il ne s'agit pas du tout d'une dot dans le sens des Romains. C'est un achat, c'est un prix, ce n'est pas une dot. Sans doute, quand les idées se seront modifiées et adoucies, ce prix d'achat se transformera en une dot honorable. Mais, à l'époque de Tacite, la férocité germaine n'y voit que le prix d'un droit qu'on achète. De plus, Tacite n'a pas l'air de se douter pourquoi ces présents consis-

(1) *Germanic.*, 18.

tent dans des objets qui ne sont pas à l'usage d'une femme : des bœufs, un cheval bridé, une framée et un glaive; il ne trouve là que le sujet d'une satirique allusion au luxe des Romains, sans s'apercevoir que ce genre de cadeaux serait inexplicable, si c'était un simple présent de noces adressé à l'épouse. Mais tout devient clair et profond dans ces sévères institutions, quand on sait que c'est là un prix véritable, que le mari paye aux parents de la future, pour acheter d'eux le *mundium* qu'ils ont sur elle, c'est-à-dire la tutelle sous laquelle ils la retiennent d'après le droit germanique (1). La femme ainsi achetée passe de la tutelle de ses parents sous la tutelle de son mari : car il faut qu'elle soit toujours en puissance, tantôt sous le *mundium* de son père ou de sa famille, tantôt sous le *mundium* de son mari.

Quand le christianisme eut converti les populations teutoniques, et substitué à la célébration du mariage germain les cérémonies de l'Église, la personnalité de la femme se dégagea davantage de l'enveloppe dans laquelle elle était rete-

---

(1) Du Cange, v° *Mundium*.
Muratori, dissert. 22, *Antiq. medii ævi*, t. 2.

nue dans sa famille. La nécessité de son consentement lui assigna un rôle principal dans le grand acte de la vie par lequel elle se donnait un époux. Jadis c'était ses parents qui la donnaient au mari et en faisaient tradition (1). Sous l'influence des idées chrétiennes, ce fut elle qui se donna à son époux avec l'assistance de ses parents. De là, il arriva que, bien que le prix se conservât, il devint la propriété de la femme et non plus de ses parents; il fut pour elle un avantage, connu, dans les diverses législations barbares, sous les noms de *sponsalitium* (2), *dos* (3), *pretium nuptiale* (4). C'est ce que nous voyons dans Grégoire de Tours, quand il parle des villes que Galswinde, sœur de la reine Brunehault, acquit en dot lorsqu'elle vint en France (5). La même transformation s'opéra en Lombardie, où la *meta*, prix du *mundium* de l'épouse, se montre avec les caractères d'une

---

(1) L. lombarde de Rotharis, 216.
L. des Burgondes, t. 66. Montesquieu a signalé ces lois comme très-judicieuses (*Esprit des lois*, 28, 1).

(2) L. de Rotharis, 1, 126.

(3) L. Wisigothe, III, 1, 4;
III, 2, 8.

(4) Loi des Burgondes.

(5) 9, 20.

dot donnée à la jeune fille et dont elle a la propriété (1). L'épouse acquérait le domaine du *pretium nuptiale*, de la dot, par la cérémonie salique de la *festuca* et *andelangum* (2); l'époux acquérait le *mundium* de l'épouse, ou la puissance maritale, par la cérémonie du sol et du denier, *per solidum et donarium*, qui fut employée dans le mariage de Clovis et de Clotilde (3). Les formules franques sont remplies de cette cérémonie (4).

Cette dot était donnée à la femme en toute propriété (5).

Et, comme les lois canoniques exigèrent que la dot intervînt dans le mariage pour le distinguer

---

(1) Muratori, diss. 20.
L. Rotharis, 178 et 190.

(2) *Formul. Lindenbr.*, 75, 79. Du Cange, v° *Andelangum*.
Heineccius, *Antiq. Germ.*, 1, § 183; 2, § 76.

(3) Fredeg., C., 18.

(4) Form. de Bignon, 5;
de Lindenbr., 75, 79.
Burchard, *Decret.*, 9, 1 et 2; et 19, cap. 5.

(5) Lindenbrog., form. 75, 79.
Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 237.

du concubinat (1), il arriva, par une confusion de la dot germanique et de la dot romaine, que cette dot offerte à l'épouse devint un élément essentiel du mariage légitime (2).

Outre la dot, l'épouse reçoit de son mari un présent appelé *morgengab*, ou don du matin (3). « *Tam in dote quàm in morganegibâ, hoc est in dono » matinali*, » dit Grégoire de Tours (4). Ce n'était plus le prix du *mundium*, du pouvoir marital acheté par l'époux : c'est le prix de la beauté de l'épouse et de son inno-

(1) Concile d'Arles (534).
Papian., 37.
Capital., 6, 133; 7, 179.
Burchard, *Decret.*, 9, 1 et 2; 19, 5.
Goldast, form. 9.

(2) Benoît Levite, *Concile d'Arles* (524).
Le pere Daniel, *Hist. de France*, t. 1, p. 156.

(3) Grégoire de Tours, lib. 9, cap. 20.
L. Rotharis, 199.
Ripuar., 37, § 2.
Burg., 42, § 2.
Alam., 56, § 2.
Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 214.

(4) *Loc. cit.* V. Du Cange, vº *Morganegiba.*

cence (1). La vierge seule, et non la veuve, a droit au don du matin, qui suit les noces, tandis que la dot les précède (2). Nous avons déjà vu cet usage en vigueur chez les Grecs. Il paraîtrait qu'il existait aussi chez les Romains (3); mais il était dans les mœurs et pas dans les lois, au lieu que chez les Germains, il était une institution liée au mariage et entourée de la faveur légale (4). Tous les peuples primitifs obéissent à cette pensée inhérente à la barbarie, de se glorifier, comme d'une conquête, des prémices de la femme, et de manifester leur joie grossière par des libéralités.

---

(1) Muratori, t. 2, diss. 20.
Galland, *Franco-Allem.*, p. 323.
Du Cange, *loc. cit.*
Delaurière, *id.*
Heineccius, *loc. cit.*, § 215.

(2) Muratori, *Charte de* 1185.
Galland, p. 422.
Du Cange, *loc. cit.*

(3) Juvenal, 6, 199 :

Nec illud
Quod primâ pro nocte datur, quùm lance beatâ
Dacicus et scripto radiat Germanicus auro.

(4) Muratori, *loc. cit.*
Luitprand., 2, 1.
Heineccius, *loc. cit.*, § 216.

Plus tard, le *morgengab* et le *pretium nuptiale* se confondirent et donnèrent naissance au douaire, institution très-célèbre dans nos coutumes. Le *morgengab* avait un caractère trop charnel pour la spiritualité que le christianisme a mise dans le mariage ; il ne pouvait subsister sans se dénaturer. Le *pretium nuptiale*, ou dot germanique, bien que ramené à des conditions plus honorables pour la femme, rappelait encore jusqu'à un certain point cet achat de l'épouse, qui répugne à la dignité de la femme ; un tel préjugé devait nécessairement s'effacer (1). Le douaire naquit de ces modifications dans les mœurs et de cet affranchissement moral de la femme. Il est certain, du reste, que le douaire est la dot germanique (2), et c'est avec raison que Bouteiller a dit : « *Le douaire est pour les femmes et le dos pour les hommes.* » Mais il est aussi le *morgengab* : car, en Lombardie, il se montre sous les caractères d'un don du matin (3) ; dans plusieurs diplômes germaniques,

(1) *Neque pretio puella vendatur,* dit la loi anglo-saxonne. L. *Canuti regis*, 72.

(2) Delaurière sur Loisel, 1, 111, 1.

(3) Heineccius, *Elem. juris germ.*, § 240.

il se confond avec le *morgengab* (1); et la règle de notre vieux droit : « Au *coucher* gagne la femme son *douaire* (2), » n'était qu'une suite de la définition du *morgengab : Præmium defloratæ virginitatis.*

En se métamorphosant en douaire, le *morgengab* fut attribué à la veuve. Il finit ensuite par être attaché à la célébration du mariage, et non plus à la cohabitation charnelle. De son côté, la dot germanique, transformée en douaire, devint un gain de survie, et se changea en usufruit.

Avant Philippe-Auguste, le douaire était conventionnel. Ce fut à ce prince qu'on dut l'établissement du douaire coutumier (3). On a prétendu infirmer ce point d'histoire (4), en faisant observer que la loi ripuaire fixait le taux de la dot à 50 solidi (5); qu'il en était de même dans

---

(1) *Dotalitium,* quod dicitur Morgengabe (Dipl. de 1229. *Hist. episc. Worms.*, p. 166).

(2) Loisel, 1, 3, 5.

(3) Beaumanoir, chap. 13, n° 12.
Delaurière sur Loisel.

(4) M. Laboulaye, p. 119 et 120.

(5) 37, 1, 2.

la loi des Alemanni (1). Mais le royaume de Philippe-Auguste n'était pas sujet à ces lois; et c'est un tort, dans l'interprétation des lois barbares, d'argumenter d'un siècle a un autre siècle. Rien de si mobile, de si variable et de si fragile que leurs dispositions si souvent éclipsées par la coutume. Il est si vrai que le douaire était conventionnel, que, lors de la célébration du mariage, le prêtre faisait dire à l'homme : « Du » douaire qui *devise entre mes amis et les tiens, je* » *te doue* (2). »

Je n'insisterai pas plus longtemps sur les destinées ultérieures du douaire. Il suffit de dire que, dépouillé de l'ancien caractère attaché au *pretium nuptiale* et au *morgengab*, il ne se présenta plus, en définitive, que comme une libéralité « faite à la » femme pour conserver la mémoire de la dignité » et honneur des maisons de leurs maris (3). » A l'époque où les titres se rédigeaient en latin, on trouve assez souvent le douaire appelé *donatio*

(1) T. 55.

(2) V. Du Cange, *Dos, doarium*.
Beaumanoir, chap. 13, n° 12.
Coquille, *Instit. au droit français*, *T. des douaires*.

(3) Coquille, *loc. cit*.

propter nuptias dans les chartes (1). Mais le douaire n'avait aucun rapport avec la donation *propter nuptias* : pour en donner la preuve, il suffit de dire que le douaire appartenait même à la femme qui n'avait pas de dot (2).

Le douaire coutumier a péri avec le Code civil. La pensée de la loi qui nous régit aujourd'hui est qu'il n'y a pas d'avantages de plein droit d'époux à époux, et que c'est à la seule volonté des parties à assurer, par sa prévoyance, le sort de l'épouse survivante. Nous pensons que le Code civil est ici, comme presque toujours, dans le vrai. Qui peut mieux que la convention pénétrer dans la position respective des conjoints, et apprécier la nécessité d'une libéralité? la loi ne risquerait-elle pas de procéder à l'aventure, si elle instituait pour la femme des avantages de survie sans stipulation? n'arrive-t-il pas souvent que l'épouse est la plus riche, et que le décès de son mari, tout en la laissant *esbahie* et *déconfortée*, comme dit Beau-

(1) Heineccius, *Elem. juris germanici*, p. 233 et 234.
Coquille, *loc. cit.*

(2) *Id.*
Loisel, 1, 3, 17.

manoir (1), met dans ses mains d'opulentes reprises et une grande fortune disponible? n'est-il pas à craindre qu'un douaire assigné, sans nécessité, ne diminue la succession du père au préjudice des enfants, et ne prive ces derniers d'une dot et d'un établissement? La convention est un bien meilleur régulateur des besoins de la famille. Elle peut faire tout ce qu'il y a de bon et d'honorable pour la femme, dans les limites de la portion disponible. Qu'elle parle donc : qu'elle se prononce en connaissance de cause. Quant à la loi, elle irait au delà de son véritable domaine, si elle intervenait, avec son niveau absolu, dans des solutions si variables (2).

---

(1) Chap. 13, n° 1.

(2) Montaigne a fait, sur les gros douaires, des observations dont la justesse ne saurait être méconnue ; écoutons-le parler (*Essais*, liv. 2, ch. 8) :

« J'ay veu encore une aultre sorte d'indiscrétion en aulcuns pères de mon temps, qui ne se contentaient pas d'avoir privé, pendant leur longue vie, leurs enfants de la part qu'ils debvaient avoir naturellement en leurs fortunes, mais laissent encore après eulx à leurs femmes cette même auctorité sur touts leurs biens, et loy d'en disposer à leur fantaisie. Et ay cogneu tel seigneur, des premiers officiers de notre couronne, ayant, par espérance de droilt à venir, plus de cinquante mille escus

Nous disions tout à l'heure que la femme germaine était dans une tutelle continuelle. Voilà

---

de rente, qui est mort nécessiteux et accablé de dettes, aagé de plus de cinquante ans, sa mère, en son extrême décrépitude, jouissant encore de tous ses biens par l'ordonnance du père, qui avait, de sa part, vescu près de quatre-vingts ans. Cela ne me semble aulcunement raisonnable ; pourtant trouvé-je peu d'advancement à un homme de qui les affaires se portent bien, d'aller chercher une femme qui le charge d'une grande dot : *il n'est point de dette étrangère qui apporte plus de ruine aux maisons.* Nos prédécesseurs ont communément suyvi ce conseil bien à propos, *et moy aussi ;* mais ceux qui nous desconseillent les femmes riches, de peur qu'elles soient moins traitables et recognoissantes, se trompent de faire perdre quelque réelle commodité pour une si frivole conjecture. A une femme déraisonnable, il ne couste non plus de passer par-dessus une raison que par-dessus une aultre ; elles s'arment le mieulx où elles ont plus de tort. L'injustice les alleiche, comme les bonnes l'honneur de leurs actions vertueuses, et en sont débonnaires d'autant plus qu'elles sont plus riches, comme plus volontiers et glorieusement chastes de ce qu'elles sont belles. C'est raison de laisser l'administration des affaires aux mères pendant que les enfants ne sont pas en aage selon les loix, pour en manier la charge ; mais le père les a bien mal nourris, s'il ne peut espérer qu'en leur maturité ils auront plus de sagesse et de suffisance que sa femme, *veu l'ordinaire faiblesse du sexe.* Bien serait-il toutefois, à la vérité, contre nature de faire despendre les mères de la discrétion de leurs enfants ; *on leur doit donner largement de quoy maintenir leur estat, selon*

pourquoi son mari l'achetait. Cet achat la mettait sous sa dépendance, son autorité, sa tutelle; ce qui est d'accord avec les lois de tous les pays barbares. « Les hommes sont supérieurs aux » femmes, dit le Coran, parce que Dieu leur a » donné la prééminence, et qu'ils les achètent » de leur propre bien. » Le mari germain exerçait sur sa femme la justice domestique; il pouvait la mettre à mort pour des motifs raisonnables (1). Aussi le mari l'appelle-t-il *ancilla*, tandis qu'elle l'appelle *dominus* (2). Elle était incapable des actes de la vie civile, si elle n'était autorisée par son mari (3). Elle entrait avec tous ses biens dans son *mundium* (4). Mais il ne paraît pas que le mari eût le droit de disposer seul des propres de sa femme.

---

la condition de leur maison et de leur aage, d'autant que la nécessité et l'indigence est beaucoup plus malséante et malaysée à supporter à elles qu'aux mâles, il faut plutôt en charger les enfants que les mères. »

(1) Capit. de Louis-le-Débonnaire, 5, 300 : *Sine causâ interfectâ.*

(2) Du Cange, v° *Maritus dominus.*
Marculf, *form.* 1, 12; 2, 7, 8, 17.

(3) L. Rotharis, 205.

(4) Cauciani, 2, 476.

De nombreuses chartes recueillies par Muratori prouvent au contraire que la femme conservait la propriété de ses biens personnels; qu'elle seule pouvait les vendre avec l'autorisation du mari; que le mari ne figurait aux actes d'aliénation que pour protéger sa femme, l'autoriser (1). Voilà ce qui se passait au 11e siècle, suivant les coutumes saliques, lombardes et allemandes. Le mari est en effet plutôt un tuteur qu'un maître; son autorité est celle d'un protecteur, et non pas d'un propriétaire. C'est en quoi le *mundium* germain diffère de la *manus* romaine. En effet, dans les mœurs germaines, la femme, malgré le *mundium*, a toujours le caractère d'associée de son mari, de compagne de ses travaux : *laborum periculorumque socia*, dit Tacite. Cette position d'associée tempère l'autorité maritale; elle enlève au *mundium* la dure logique du droit aristocratique de Rome. C'est de là que découle notre système de la puissance du mari, qui tient compte du droit de la femme, de sa personnalité, et que Beaumanoir représente comme un droit de *mainbournissières*, de protection (2).

---

(1) Dissert. 22.

(2) Chap. 21, n° 2.

V. la tr.-anc. cout. de Bretagne, art. 40.

Puisque la femme était l'associée des travaux de son mari, il était juste qu'elle participât, dans une certaine part, aux acquêts faits pendant le mariage. C'est pourquoi, si elle survivait, elle avait, outre le douaire, une part dans les acquêts. C'était le tiers par la loi Ripuaire (1); c'était aussi le tiers par les Capitulaires (2). Mais remarquons-le : ceci n'est qu'un gain de survie, ce n'est pas un droit de communauté. La femme qui ne survit pas ne transmet aucun droit sur les acquêts à ses héritiers.

Jusqu'à présent, nous n'avons pas encore trouvé la communauté. Pour la découvrir dans son berceau, il faut descendre des hauteurs du droit germanique, où elle n'existe pas, et étudier d'autres situations. Comme tant d'autres choses excellentes que nous devons au moyen âge, la communauté est sortie d'usages latents, de coutumes intimes, qui, dans le silence de l'histoire et à travers les transformations des races et des mœurs, se sont emparés de la société (3).

(1) 37, C, 2.
(2) V. 295.
(3) *Infrà*, n° 38, Coquille dit que la communauté a été établie par *coutume de nos ancêtres*.

Le droit romain et les lois barbares sont loin d'expliquer toute cette époque et d'avoir présidé à tous ses développements. L'originalité humaine n'a jamais été plus indépendante, plus féconde et plus variée; jamais elle ne s'est répandue en jets plus imprévus et plus nouveaux. La communauté conjugale est une de ses créations spontanées.

Il est un fait que j'ai eu occasion de signaler ailleurs : c'est le goût du moyen âge pour l'association (1). Il me suffira de citer les communes et les bourgeoisies, qui sont l'esprit d'association appliqué à l'émancipation des personnes dans le domaine des droits privés; les associations du baronnage, qui sont la forme de la résistance politique aux rois et au clergé; les corporations marchandes et ouvrières, par lesquelles l'industrie se procure la sécurité dans les moyens de travail; les ordres monastiques et les congrégations, qui sont l'énergique réalisation de l'esprit d'association dans la religion, et qui, sous cette forme, rendirent de si grands services à la civilisation dans ces temps de barbarie, etc., etc. Telle

(1) Mon comm. *de la Société*, préface, p. 1.

est la physionomie générale de la société au moyen âge.

Si maintenant l'on passe de ce coup d'œil d'ensemble à l'examen de la gestion des intérêts domestiques, qu'y voyons-nous? trois faits remarquables d'association, trois situations qui sont comme un reflet de l'esprit véritablement caractéristique de cette curieuse époque.

D'abord, les communautés de serfs et gens de mainmorte, par lesquelles les membres d'une même famille servile vivaient en société perpétuelle sur le domaine qu'ils tenaient du seigneur, y formaient une espèce de corps moral entretenu de lui-même par subrogation de personnes, mettant en commun leurs meubles et conquêts (1), demeurant et vivant dans le même ménage, du même pain et sel (2), travaillant ensemble, et mêlant les bénéfices de leur industrie. J'ai donné ailleurs la description de ces sociétés (3) ; j'ai montré leur utilité, soit pour le seigneur qui, au moyen de la perpétuelle communauté de ses sujets, n'avait pas à craindre *la*

(1) Nivernais, t. 6, *des Badelages*, art. 18. Coquille sur cet article.

(2) Coquille, *loc. cit.*

(3) Préface de mon comm. *de la Société.*

confusion et le dérèglement des redevances (1), soit pour les sujets eux-mêmes, qui, en restant étroitement unis dans un ménage indivisible, conservaient l'intégrité de la concession, et y succédaient de génération en génération (2). Ces associations, que les auteurs du 16e siècle appellent quelquefois des *fraternités* (3), pour peindre le sentiment de famille qui les anime, furent très-utiles au progrès de la classe servile; elles montrent surtout la direction de l'esprit de famille vers la communauté et l'association.

Ce n'est pas tout : dans les familles libres, il suffisait que deux frères, majeurs de vingt ans, eussent demeuré en ménage commun par an et jour, tenant leurs biens ensemble, et se faisant communication des gains, pour que la coutume présumât entre eux une communauté tacite ou taisible (4). J'ai exposé, dans la préface de mon

(1) Coquille sur l'art. 13.

(2) Nivernais, *loc. cit.*, art. 18.

(3) Coquille sur le titre 22, art. 3.

(4) Nivernais, *des Communautés*, t. 22, art. 2.
Bourbonnais, art. 267.
Poitou, art. 231.
Sens, art. 280.
Auxerre, art. 201
Troyes, art. 101.
Berry, *des Mariages*, art. 10.

commentaire *de la Société*, l'étendue et la popularité de ces communautés, répandues presque partout dans les campagnes, où la culture sentait davantage le besoin de communs efforts. Elles étaient également fréquentes dans les villes. On les voit en pleine vigueur à Paris à la fin du 13e siècle (1).

Quand les mœurs présument et multiplient à ce point la communauté tacite entre frères, combien, à plus forte raison, entre mari et femme, qui, à la communauté d'habitation, de ménage et de travaux, joignent celle du lit nuptial et le lien d'une affection indissoluble? La communauté entre mari et femme, qui est la plus naturelle de toutes, était aussi la plus logique parmi celles que le moyen âge favorisait. Quel régime d'ailleurs aurait été donné aux époux? La dot? mais le droit romain, créateur de la dot, n'était pas la pensée inspiratrice des coutumes. Presque effacé de la mémoire des peuples, il ne vivait que dans les souvenirs des savants, et c'était à d'autres sources que le droit coutumier puisait ses règles. L'association, la communauté, voilà la combi-

(1) Mon comm. *de la Société*, préface, p. 47.

naison populaire; elle prenait sa place entre les époux par la puissance de la coutume, qui la mettait partout.

Réfléchissons d'ailleurs à un point important.

Dans les pays coutumiers, la grande masse de la population était serve d'origine; c'était du sein de la mainmorte que sortaient successivement, et peu à peu, les familles qui, après avoir obtenu ou conquis leur liberté, recrutaient les classes libres des campagnes et les bourgeoisies des villes (1).

Or, dans les mariages des serfs, la dot n'était pas admise, ni le douaire.

« Le prêtre fut appareillé;
» A leur entrée les a signé.
» Ainsi n'y fut douaire nommé,
» Ne serement un seul juré,
» Fiance faite, ne pluvie.
» Mais le vassal reçut sa mie (2). »

Comment donc le régime dotal n'aurait-il pas péri? comment n'aurait-on pas avisé à une autre combinaison? comment la communauté ne se se-

(1) Delaurière sur Loisel, 1, 1, 8.
(2) Du Cange, v° *Dos*. — Roman d'Artus.

rait-elle pas présentée à l'esprit au milieu de tant de communautés reçues dans d'autres situations, sans d'aussi graves motifs? quel régime aurait-on mis à la place de la dot? la séparation? mais, entre gens vivant de leur travail et confondant leur labeur, elle eût été un non-sens ou une fausseté. Les époux ne sont pas séparés de biens quand ils mettent en commun leurs bras, leurs fatigues, leur' économie. La communauté est le seul régime raisonnable, logique, juridique. Elle résulte des faits les plus constants et des présomptions les plus concluantes.

Et puis, voyez comme la communauté est dans les instincts de la famille! Non-seulement il y a les communautés et fraternités de ménages rustiques; non-seulement il y a les communautés taisibles entre frères et entre époux; mais il y a aussi la communauté des enfants avec celui de leur auteur qui survit après la dissolution du mariage (1), celle du gendre ou de la bru avec son beau-père et sa belle-mère, après l'an et jour de demeure en commun (2). N'est-ce pas là un

---

(1) Grand coutumier, 2, 40.
Coquille sur Nivernais, t. 22, art. 3 et 4.

(2) Nivernais, t. 23, art. 21.

système complet, expression d'un même esprit, fruit des mêmes besoins et de dispositions pareilles? Aussi Coquille, le judicieux appréciateur des usages du moyen âge, n'a pas manqué de faire remarquer que la communauté conjugale n'est qu'un cas de communauté tacite prévu par les mœurs coutumières (1); aussi les coutumes traitent-elles de la communauté conjugale immédiatement après les communautés taisibles, comme si elle ne fût qu'une communauté taisible appliquée à une autre situation (2).

Veut-on voir mieux encore l'analogie? Il y a une foule de coutumes où la communauté conjugale ne s'acquiert que par l'an et jour, de même que la communauté taisible entre frères et autres parents. Sans le laps d'an et jour, il n'y a pas de communauté conjugale, de même qu'entre frères et parents il n'y en aurait pas sous cet indice de société. Notez que ces coutumes sont celles qui, étant le plus éloignées du mouvement des villes, reflètent le mieux le

(1) *Loc. cit.*

Junge Beaumanoir, chap. 21, n°s 2 et suiv.

(2) Nivernais, t. 22 et 23.

vieil esprit primitif. Ne peut-on pas conclure de là (1) que la communauté conjugale n'est qu'une société taisible appliquée au mariage? Je sais que, dans d'autres localités, on se contentait de la célébration conjugale (2), ou bien, suivant d'autres, de la célébration suivie de la cohabitation et du coucher (3). On peut raisonnablement penser que la cohabitation a paru, dans ces contrées, un fait assez grave pour dispenser de l'an et jour.

Tel était donc le régime des classes laborieuses, depuis l'homme de mainmorte jusqu'à la bourgeoisie des villes et à la roture des campagnes. La communauté d'entre mari et femme est proclamée, par nos plus anciens jurisconsultes, comme un droit établi, non contesté, fondé sur la tradition. « Chacun sait, dit Beaumanoir (4), » que compeignie se fait par mariage; car, sitôt » comme mariage est fait, les biens de l'un et » de l'autre sont communs par la vertu du ma- » riage. Mais voires est que, tant comme ils vi-

(1) *Infrà*, n° 329.
(2) *Infrà*, n° 325.
(3) *Infrà*, n° 326.
(4) Chap. 21, n° 2.

» vent ensemble, l'homme est mainbournis-
» sières (1). »

---

(1) Le recueil des *Olim* joint à ces autorités celle de la jurisprudence ; en voici un exemple :

Le roi saint Louis avait donné à Gauthier Saveric, son cuisinier, en récompense de ses services, vingt livres de rente annuelle et perpétuelle *pour lui et ses héritiers*. Saveric mourut laissant une veuve et deux enfants, un fils et une fille ; ceux-ci prétendirent que les vingt livres de rente leur appartenaient en totalité, puisqu'elle avait été constituée au profit de leur père et de ses héritiers, et qu'ils étaient seuls héritiers. La mère soutint au contraire que la moitié de la rente était sa propriété, car elle était un conquêt de communauté, fait pendant le mariage, *ratione conquestûs, cùm ipsi marito suo concessa fuissent, constante matrimonio, inter ipsos*. La question ayant été portée devant le roi et son conseil, il fut jugé que la rente, étant un conquêt, appartenait pour moitié à l'épouse (an 1265, *Olim*, t. 1er, p. 565, n° 24).

Pour l'intelligence de cette décision, il faut remarquer que les fils de Saveric ne mettaient pas en doute que leur mère ne fût commune en biens ; mais ils soutenaient que la donation était un avantage tout personnel fait à leur père, pour lui seul et pour ses héritiers, et qu'ainsi la rente ne tombait pas en communauté : ils échouèrent dans ce procès.

Mais, deux ans après, la question se représenta dans d'autres circonstances, et elle reçut une solution différente. Voici les faits :

La fille de G. Saveric avait épousé Jean Bigue jeune, citoyen de Paris ; elle en eut des enfants, et la veuve de Saveric

Par ces derniers mots, l'on voit que la communauté s'était alliée à la puissance maritale, et que, malgré l'égalité qui est de la nature des sociétés, celle du mariage avait un chef investi d'un grand pouvoir sur la femme et sur les biens. Le *mundium* des Germains avait pénétré dans la classe des vilains et des roturiers. Originairement cependant, et lorsque la mainmorte était l'état le

---

donna à ces derniers la moitié de la rente que nous venons de lui voir adjuger à titre d'acquêt. Jean Saveric, autre fils de Gauthier Saveric et aussi son héritier, attaqua cette donation, prétendant que sa mère n'avait pu disposer de la moitié de la rente ; que c'est en vain qu'elle disait y avoir droit à titre d'acquêt ; qu'elle n'en avait que l'usufruit à titre de douaire. Le procès ayant été discuté et les pièces examinées, il fut reconnu que la donation faite à Gauthier Saveric par le roi avait été déterminée *intuitu personæ ;* que ce n'était pas un conquêt ; que, dès lors, elle ne pouvait jouir de la moitié qu'à titre de douaire et d'usufruit, et que la donation qu'elle en avait faite à sa fille était nulle (an 1267, t. 1er, p. 708, n° 30).

Cette décision, toute de fait, toute d'espèce, n'est pas en harmonie avec la précédente, et l'on pourrait peut-être y trouver quelque chose à redire, au moins en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée. Il est évident que les juges ont été mus par un sentiment d'équité en faveur du fils déshérité par sa mère. Quoi qu'il en soit, remarquons-le bien, les juges ne voient pas le moindre doute au droit de communauté. Seulement, ils en éludent l'application, en se fondant sur l'intention qui avait présidé à la donation.

plus général de la population des villes et des campagnes, la femme serve était plus en puissance de son seigneur qu'en puissance de son mari (1); l'autorité du mari était plus de fait que de droit. Mais, lorsque les serfs furent devenus francs, la puissance maritale, ou *mundium*, fut considérée comme un privilége de leur liberté (2). Le *mundium* se combina donc avec la communauté, et lui donna un chef dont les attributions étaient beaucoup plus hautes que celles d'un maître ou gérant de société ordinaire, précisément parce que ce pouvoir s'étendait non-seulement aux biens, mais encore à la personne. Si ce pouvoir se propagea dans la France coutumière, tandis qu'il était inconnu dans la France de droit écrit, ce fut par le développement naturel de l'idée germanique dans une contrée où l'élément germanique avait coulé en canaux plus abondants. Cette puissance de l'homme sur la femme est d'ailleurs innée dans le droit des peuples barbares, et le *mundium*, devenu la *mainbournie* du droit coutumier, fut conservé avec d'autant

---

(1) Delaurière sur Loisel, 1, 2, 20.
(2) Loisel, 1, 2, 20.

plus de persistance qu'il flattait les préjugés auxquels la femme est en butte dans les sociétés peu avancées. Le mari, *manbournissier* de sa femme, avait sur elle une autorité tutélaire qui allait jusqu'à la correction (1). Le bourgeois pouvait battre sa femme. « Il loist à l'homme battre sa femme, » sans mort et sans mehaing, quand elle le meffet. Si comme quand elle est en voie de faire » folie de son corps, ou quand elle dement son » baron, ou maudist; ou quand elle ne veut » obéir à ses raisnables commandements que » prude femme doit faire. En tels cas et en semblables, est bien mestiers que li mari soit castierres de sa femme resnablement. » Ainsi parle Beaumanoir (2), et ce Code durait encore au 16e siècle, du temps de d'Argentré, qui dit : « *Retinere et castigare uxorem debet* (3). » Le mari avait, à plus forte raison, une autorité spéciale sur les biens de la communauté; il en était *seigneur et maître;* il pouvait en disposer sans le consente-

(1) *Flagellando uxorem.* — Baluze, t. 2, cité par M. Michelet, *Origine du droit,* p. 48.
Houard, *Anciennes Lois des Français,* t. 1. p. 332.

(2) Chap. 57, 6, t. 2, p. 333.

(3) Art. 423, glose 2, n° 5.

ment de sa femme ; il pouvait seul vendre, aliéner tout ce qui en constituait l'actif. Il eût répugné à son pouvoir de mari, à son droit de tutelle, que le consentement de son épouse fût nécessaire pour ces actes de sa souveraineté domestique. Pendant que durait le mariage, il était comme propriétaire de la communauté ; ce n'était qu'à la dissolution du mariage que le droit de société de la femme se montrait avec énergie, dégagé qu'il était de la compression de l'autorité maritale : aussi disait-on que « le mari vit comme maître, et meurt » comme associé (1). » C'est ainsi que la coutume avait concilié la société avec la puissance du mari ; c'est ainsi, pour me servir des expressions du vieux Desmares, « que les biens, dettes et créances » d'homme et de femme, conjoints par mariage, » sont communs ensemble entre eux durant leur » dit mariage, *combien que le mari en ait le bail, gouvernement et autorité* (2). » Ces idées n'ont pas toujours été exprimées avec exactitude par les rédacteurs des coutumes, qui furent coupables de tant d'erreurs grossières que Dumoulin leur

(1) *Infrà*, t. 2, n° 854.

(2) Décis. 165.

reprocha. Ils n'ont pas toujours aperçu la conciliation de l'élément social dans le ménage, avec l'élément de l'autorité souveraine domestique. On peut citer la coutume de Reims, qui, se préoccupant à l'excès du pouvoir du mari pendant le mariage, nie et supprime la communauté, et ne la montre qu'au décès de l'un des époux (1). Les époux n'en étaient pas moins communs par le mariage et pendant le mariage. « Et ainsi puet s'y » entendre, disent *les Établissements*, *que les meu-* » *bles sont communs* (2). » Seulement, le droit de la femme n'était qu'*in habitu* et non pas *in actu;* il sommeillait pendant le mariage, pour se réveiller à la dissolution (3).

---

(1) Homme et femme conjoints par mariage *ne sont uns et communs ;* ainsi le mari seul, sans l'avis et le consentement de sa femme, en peut disposer comme et à qui lui semble. *Elle partit néanmoins* (partage) *après le décès du mari* (art. 239).

(2) Liv. I, chap. 137 et 139.

(3) *Infrà*, nos 854 et suiv. *Les Assises de Jérusalem*, Cour des bourgeois, portent (chap. 172) : « Ce il arrive que l'homme » et la femme ont ensemble conquis vignes ou terres, ou mai- » sons ou jardins, le droit commande que la femme doit avoir » la moitié de tout par droit et par l'*Assise de Jérusalem*. » V. aussi chap. 165.

Je n'ai pas encore parlé de la communauté dans le mariage des nobles. Quand et comment ce régime, issu des mœurs des classes sujettes, s'introduisit-il dans la vie domestique de la noblesse?

Nous avons dit que, d'après le droit germanique, la femme noble n'avait que le tiers des acquêts à titre de veuve et de gain de survie seulement (1). Ce n'était pas la communauté; mais c'était du moins un principe de société introduit dans les intérêts des époux; société imparfaite et irrégulière, qui ne donnait pas à la femme un droit égal à celui du mari, mais qui, enfin, prenait pour son point de départ la collaboration de la femme, et qui l'en récompensait dans une certaine mesure. Pour passer de là à la communauté, il n'y avait qu'un pas à faire : c'était de convertir le droit conditionnel de la femme en un droit pur et simple. Tout conspirait pour faire franchir cet intervalle peu considérable : le respect dont la femme était environnée dans les mœurs de la chevalerie; la hauteur

(1) Brodeau sur Louet, lettre D, somm. 48.

de certaines prérogatives politiques dont elle était capable; le sentiment d'égalité qui, grâce à ces tendances, relevait sa personne; l'exemple de la bourgeoisie, qui, en traitant la femme comme une associée dans la fortune du ménage, semblait reprocher à la noblesse de moins favoriser l'épouse du gentilhomme, etc.

Aussi, lorsque les premiers monuments de notre droit coutumier se formulent sous la main de nos plus anciens légistes, voit-on la femme noble appelée à prendre sa moitié dans les biens communs (1). Les *Olim* en font pleine foi : on y voit le droit de la femme noble à la moitié des acquêts, reconnu et consacré de la manière la plus expresse (2). M. Laboulaye pense que ce n'est pas là un droit de communauté, mais un gain de survie et un droit de succession; il croit que, si la femme prédécédait, son droit ne passait pas à ses héritiers, et il cite l'ordonnance de Philippe-

(1) Bouteiller, *Somme rurale*, t. 98.
Assise des bourgeois, chap. 172.
Établiss., liv. 1, chap. 15.

(2) T. 1, p. 261, n° 8, an 1267, sous saint Louis.

Auguste de 1219 (1). Mais cette ordonnance n'est faite que pour la Normandie, qui n'était pas un pays de communauté (2); elle ne s'appliquait pas ailleurs. Par une disposition des *Établissements de saint Louis,* qui paraît n'avoir trait qu'aux nobles (3), on voit que, quand la femme prédécédait, le mari avait bien l'usufruit des acquêts sa vie durant, mais qu'à son décès il devait les rendre au lignage de la femme (4). La coutume d'Anjou a conservé des traces de cet usage (5). Il prouve bien que les acquêts étaient communs, et qu'à la dissolution du mariage une division par moitié s'opérait par un partage légal.

M. Laboulaye croit trouver une preuve de la non-existence de la communauté, chez les nobles de cette époque, dans le droit que la veuve noble avait, suivant certaines coutumes, de prendre la totalité des meubles en payant les det-

(1) Ord. 1re, p. 38, art. 39.

(2) Delaurière, sur cette ordonnance.
M. Klimrath, *Revue de législat.*, t. 4, p. 60.

(3) M. Genouillac, p. 305.

(4) 1, chap. 134 et 136.

(5) Art. 288.

tes (1). Mais j'y vois, au contraire, une preuve de l'existence de la communauté; non pas d'une communauté ordinaire, mais de la communauté avec un préciput, de la communauté se rapprochant

(1) Grand Coutumier, 2, 29.
Anc. cout. de Champagne, art. 12.
Touraine, art. 247
Lodunois, *des Successions de fiefs*, 27, art. 14.
Clermont en Beauvoisis, art. 189.
Laon, art. 20 et 21. — L'art. 20 parle du droit du mari, l'art. 21 du droit de la femme.
Senlis, art. 146.
Chauny, art. 15, 16 et 132.
Péronne, art. 126, appelle cela privilége de noblesse.
Dreux, art. 75.
Reims, art. 279 et 281.
Bourgogne, art. 25. Mais ici le droit n'était pas réciproque ; il n'existait qu'au profit du mari.
Châteauneuf, art. 66.

Ce droit existait, s'il n'y avait pas d'enfants, dans certaines coutumes (Paris, art. 238, et plusieurs autres).

Loisel a fait de ce dernier point un cas de droit commun : « Entre nobles, le survivant *sans enfants* gagne, *quasi partout*, les meubles (2, 5, 25). » Et comme cette règle est placée au titre *des Successions*, il s'ensuit que Loisel voit là une succession et non un bénéfice de communauté. C'est aussi ce que faisait la coutume de Valois, art. 62. Mais, en réalité, ce n'est qu'un préciput de communauté.

des art. 1515 et 1516 du Code civil (1) : car, il faut bien le remarquer, ce droit était réciproque ; il appartenait au mari survivant, comme à la femme survivante. C'était un pacte aléatoire de communauté. Au reste, la coutume de Lorraine en offre un exemple incontestable. Dans ce pays, qui était autant qu'un autre un vrai pays de communauté, le survivant gagnait les meubles, même dans les mariages des bourgeois (2).

A Blois (3), à Clermont en Argonne (4), le survivant des époux nobles gagnait les meubles et conquêts. C'était une combinaison aléatoire plus étendue que la précédente ; mais ce n'en était pas moins un pacte de communauté. Ce point résulte évidemment des combinaisons de la coutume de Clermont, qui, après avoir établi la communauté, à titre de droit commun, entre tou-

(1) *Infrà*, t. 3, nos 2107 et 2143.
Ferrières sur Paris, art. 238, donne à cela le nom de préciput.

(2) T. 2, art. 1.
Vitry n'admettait ce droit entre non nobles, que s'il n'y avait pas d'enfants (art. 74).

(3) Coutumier général, t. 3, p. 1060, art. 182, et p. 1111.

(4) Chap. 5, art. 8.

les personnes (1), règle le partage entre nobles par le mode exceptionnel dont nous venons de parler.

Quant à Blois, je dois faire remarquer que, lors de la réformation de la coutume, les commissaires ayant substitué le droit commun au droit aléatoire du survivant, les nobles réclamèrent, et prouvèrent, avec le témoignage des praticiens, que tous les meubles et conquêts appartenaient au survivant; que cette coutume avait toujours été suivie dans les maisons de Chaumont, Ouzain, Saint-Aignan, *et autres infinies* (2). L'art. 181 n'en ordonna pas moins le partage égal, comme coutume nouvelle, afin de remédier aux inconvénients dont l'ancienne coutume était la source pour les mineurs et la chose publique (3). Ne suit-il pas de là que, dans la pensée des rédacteurs, la réformation ne portait que sur une matière de communauté, sur un mode secondaire de partage, sur un accident de société particulier à une classe de personnes; mais qu'au fond il y avait entre les époux un régime de communauté faisant masse des meubles et acquêts, et

(1) Chap. 3, art. 1.
(2) P. 1111.
(3) *Id.*

soumettant à un événement aléatoire l'attribution, après décès, des bénéfices de la collaboration. A la vérité, je vois les nobles soutenir, sur un autre article de la réformation, que la communauté n'avait pas lieu parmi eux (1). Mais, si l'on se met à leur point de vue, on n'a pas à s'étonner de cette proposition. De quoi s'agissait-il lorsqu'ils tenaient ce langage? de leur imposer la continuation de communauté, si le survivant ne faisait pas inventaire. Or, ils avaient raison de dire que ce droit était nouveau pour eux, puisque le survivant gagnait la totalité des meubles et acquêts; ils avaient raison de dire que la communauté n'existait pas pour eux, c'est-à-dire la communauté qui se traduit par un partage égal préparé par un bon et loyal inventaire; ils avaient raison de dire que leur régime n'était pas le régime de la communauté des bourgeois et celui de la coutume.

Après tout, quand même la coutume de Blois et quelques autres, auraient conservé certaines traces d'un droit matrimonial distinct de la communauté, il n'y aurait rien à en conclure contre le système qui considère ce régime comme étant

---

(1) P. 1111, opposition à l'art. 183.

devenu la loi générale coutumière de la noblesse. En effet, une preuve bien certaine que la communauté existait dans ces temps reculés dont nous parlons, et que, malgré certains modes spéciaux de partage, c'était bien le système de société qui en faisait le fond, c'est que, du temps des croisades, les femmes nobles furent admises à y renoncer, et que ce n'est que plus tard que le privilège de la renonciation fut étendu jusqu'aux roturières, par imitation de ce qui était permis à la femme noble (1).

Le savant auteur avec lequel nous sommes en dissentiment sur ce point ne se rend pas à cet argument. Voyez en effet, dit-il : le passage du *Grand Coutumier*, qu'on cite ordinairement comme le plus ancien témoignage d'une renonciation à la communauté, ne parle que de la renonciation aux meubles, permise à la veuve survivante (2) : « *Item*, l'on dit communément que la femme no-
» ble a élection de prendre tous les meubles et
» payer toutes les dettes, ou de renoncer aux meu-
» bles pour être quitte des dettes ; de l'homme

(1) V. *infrà*, nos 1487 et suiv.
(2) P. 78.

» noble, il n'est mie ainsi (1). » Mais il me semble facile de répondre à cette objection par cette seule remarque : si la femme n'eût eu qu'un droit de succession, comme le droit de renoncer à une succession n'a rien d'exorbitant, que c'est là le droit commun, on n'aurait pas considéré l'introduction du bénéfice de renonciation comme une nouveauté insolite, comme un de ces priviléges qui ne s'accordent qu'en vue de grandes raisons d'équité. Pourquoi cette innovation date-t-elle des croisades seulement? pourquoi fut-elle *donnée* (2) aux veuves des gentilshommes, obérés dans les guerres de la Terre-Sainte? pourquoi le *Grand Coutumier* l'appelle-t-il *un privilége de renonciation* (3)? parce que la femme était commune,

(1) *Junge* Beaumanoir, chap. 13, 9, et Monstrelet, liv. 1, chap. 18, qui dit : « Et là la duchesse Marguerite, sa femme » (du duc de Bourgogne), *renonça à ses biens meubles* pour le » doute qu'elle ne trouvât trop grandes dettes, en mettant sur » sa représentation sa ceinture avec sa bourse, et les clefs, » *comme il est de coutume*, et de ce demanda instrument à un » notaire public qui là était présent. »

V. aussi, chap. 139, la mort du comte de Saint-Pol.

Loisel, 2, 2, 30, et Delaurière.

(2) Expression du Grand Coutumier.

(3) *Et pour ce, ont le privilége de renonciation.*

parce qu'en effet il fallait faire violence à toutes les notions du contrat de société pour dégager l'épouse, liée par un pacte et par le fait du mari, son représentant.

Voilà ce que nous avons à dire sur l'origine de la communauté, et sur son développement dans les pays coutumiers à titre de droit commun. Nous croyons avoir exprimé les seules idées vraies et admissibles.

Quelques écrivains allemands d'une science incontestable ont cru trouver ailleurs le berceau de cette forme si répandue du contrat de mariage (1); ils font sortir la communauté du *mundium* germanique, et non des habitudes d'association et des communautés taisibles, qui avaient tant d'énergie dans les bas siècles. Cette opinion ingénieuse, mais hasardée, a été reprise par M. Genouillac, et défendue avec une incontestable habileté (2). Mais ce sont là des systèmes; ce n'est pas la vérité. Nous pensons avec M. Laboulaye (3) qu'il est impossible de faire sortir l'association

(1) Mittermaier, Philipps, Eichhorn.
(2) P. 283 à 320.
(3) P. 375.

d'un régime d'autorité, et nous disons que c'est malgré la puissance maritale que la communauté a régné entre les époux. Quelle vraisemblance y aurait-il d'ailleurs à regarder la communauté comme corollaire du *mundium*, lorsque les classes dans lesquelles elle régna dans l'origine, vouées qu'elles étaient à la mainmorte, ne connaissaient pas ce *mundium* du mari, apanage exclusif du mari de franche condition (1)? J'admets bien (et du reste tous les auteurs coutumiers l'ont enseigné depuis longtemps) que c'est le *mundium* qui explique certaines anomalies de la communauté conjugale, et donne la raison de certains droits exorbitants du mari. Mais il n'est pas vrai que les droits de la femme sortent de son assujettissement même; il n'est pas vrai que le *mundium* soit, pour elle, la source d'une association qui, à un jour donné, la met sur un pied d'égalité avec son mari. M. Genouillac a parfaitement raison quand il enseigne que c'est en vertu de l'autorité maritale que le mari a la jouissance des propres de la femme (2), et la disposition des meubles et con-

---

(1) *Suprà.* — V. Loisel, 1, 2, 20.

(2) P. 294, 297 et 298.

quêts. Mais ce qui m'embarrasse dans sa doctrine, c'est de comprendre comment le droit de la femme, à partager sur le pied d'égalité, entre comme effet dans cette cause. Les législations qui, pareilles aux législations anglaise et hollandaise, sont restées fidèles à la pureté des principes germaniques, ne sont jamais arrivées à la communauté ; elles ne donnent de droits à la femme que comme héritière (1). C'est ainsi qu'à Rome, et du temps de la *manus*, la femme avait part dans la succession de son mari. Le *mundium* n'a pas plus engendré la communauté que la *manus*.

Après avoir parlé du droit des pays de droit écrit et du droit des pays de coutume, il nous reste à dire quelques mots du droit normand, qui se distingue de tous deux par son caractère exceptionnel.

Les Normands, arrivant quatre siècles après la conquête des Francs, apportaient avec eux toute l'énergie de l'esprit germanique, déjà affaiblie, sur le sol des Gaules, chez les premiers vainqueurs. La Neustrie, concédée à Raoul, chef de ces bar-

(1) M. Laboulaye, *loc. cit.*

bares scandinaves, par Charles-le-Simple (1), devint le théâtre de cette nouvelle importation du génie des peuples du Nord. Après de grandes cruautés et d'horribles barbaries, après la ruine des cloîtres et la fumée des incendies, les Normands, fixés dans cette riche contrée, sous le sceptre justicier de Raoul (2), firent succéder les établissements aux pirateries dévastatrices; et, tout en tenant compte des usages de la population neustrienne (3), ils développèrent leurs mœurs natives dans le système des successions, des mariages, des procédures, de la pénalité. Le caractère normand se montre, dès l'origine, prévoyant (4), avisé, parcimonieux et formaliste. « Jamais coutume, je cite Basnage (5), ne s'est » plus défiée de la sagesse et de la bonne conduite » de l'homme que celle de Normandie; elle l'a

(1) M. Thierry, *Hist. de la conquête de l'Angleterre par les Normands*, t. 1, p. 199.

(2) *Id.*, p. 204.

(3) Houard, *Anciennes Lois des Français*, disc. prélim., t. 1, p. XXV.

(4) Basnage dit que les Normands étaient d'un esprit *fort provide* (sur l'art. 1, p. 6).

(5) Sur le titre *de la Succession* en propre, préface.

» presque mis en une curatelle générale et per-» pétuelle. » Elle se défiait à plus forte raison de la sagesse des femmes. Aussi les femmes y furent-elles beaucoup plus dépendantes de leurs maris que partout ailleurs. C'est une remarque qu'a faite Dumoulin : « In Neustriâ, mulieres sunt ut an-» cillæ, multum viris subditæ, qui sunt avari. » L'exclusion de communauté devait être la conséquence de cette situation (1). C'est en effet ce qui arriva : la coutume prohibait formellement la communauté entre époux (2) ; toutes les maximes du droit normand étaient contraires à ce régime (3). Jusqu'au dernier moment, l'esprit exclusif des légistes et des magistrats normands, fidèles interprètes de la coutume, lutta pour empêcher la province d'être envahie par le contact des idées de communauté qui régnaient à ses portes avec tant d'autorité.

Quel était donc le régime primitif de la Normandie? c'était celui que les nations germaines avaient porté avec elles partout où s'étaient dirigées leurs migrations ; c'était le régime de la

(1) Bouhier sur Bourgogne, t. 1, p. 717.

(2) Art. 389.

Houard, *Dict. de droit normand*, v° *Communauté*.

(3) Basnage sur l'art. 389 de la coutume.

dot du mari (1), cette dot qu'après la conversion des barbares au christianisme, le mari promettait *ad ostium ecclesiæ* (2) ; c'était aussi le droit de prendre le tiers dans les acquêts (3). Le douaire *ad ostium ecclesiæ* était une convention de mariage. Le droit aux acquêts était un droit de succession (4) résultant de la loi coutumière ; il a conservé ce caractère de succession avec la ténacité propre aux institutions normandes, jusqu'à ce qu'il ait péri avec la coutume.

Quant au régime dotal, il est bon de remarquer que le mot *dot* n'a été appliqué, pour la première fois, au bien apporté par la femme à son mari, que dans un arrêt du parlement de Normandie de 1539 (5). Auparavant on l'appelait *mariage, maritagium ;* d'où l'action de *mariage encombré,* qui, dès une époque très-reculée, était accordée à la femme normande lorsque son bien, son mariage,

(1) Littleton, chap. 5, dans la collection des *Anciennes Lois des Français* de Houard, t. 1, p. 43, avec les notes de ce jurisconsulte.

(2) Littleton, chap. 5, sect. 39.

(3) *Id.,* p. 56 et 57.

(4) Houard, *Dict. de droit normand,* v° *Communauté.*

(5) *Id., loc. cit.,* v° *Dot.*

avait été indûment aliéné par son mari (1). On en trouve déjà des traces en 1244 (2). Quoique le mari eût la seigneurie de sa femme et exerçât sur elle une autorité qui allait jusqu'à la maltraiter [sauf à ne pas lui crever les yeux et lui briser les bras (3)], cependant il ne pouvait lui préjudicier par des aliénations non consenties par elle et qui lui enlevaient ses propres. A la vérité, on lit dans l'ancienne coutume que la femme *ne pourait rien avoir pour elle que tout ne fût à son mari;* et plus bas: « De ce que la femme est à la poste de son mari, il » peut faire à sa volonté d'elle, de ses choses et » de ses héritages..., et ne peut (femme) rappeler ce » qu'il fait (4). » Mais l'unique portée de ce texte est que, durant le mariage, la femme est sans action pour ébranler les actes de son mari; il ne signifie pas qu'après la dissolution du mariage, la femme doit rester dessaisie. L'action de

---

(1) V. Du Cange, v° *Combri*, au § *Encombratum maritagium.*

(2) *Id.*, et Brussel, *Usage des fiefs*, t. 2, p. 9 3.

(3) Texte de l'ancienne coutume, chap. 100, rappelé par Basnage sur la préface de l'art. 537.

(4) Chap. 100, intitulé: *du Brief de mariage encombré.*

mariage encombré fut précisément introduite pour venir à son secours; et, dès le commencement du 13e siècle, la jurisprudence normande était que le mari ne pouvait vendre le bien de sa femme sans le consentement de cette dernière; sans quoi le mari aurait été le maître de porter atteinte à la conservation des propres de famille. Or, on sait que le droit public normand considérait la conservation des propres comme une base essentielle des intérêts domestiques. Il fallait donc le consentement des deux époux pour que le bien dotal, le mariage, fût légalement aliéné (1); sinon, il se trouvait aliéné *moins que dûment,* pour me servir du langage de la nouvelle coutume, et le *bref de mariage encombré* était accordé pour protéger l'épouse.

Plus tard, la vente régulière du bien dotal donna à l'épouse une action de remploi contre son mari (2). Il est permis de croire que, dans la Normandie comme ailleurs, le remploi légal n'existait pas originairement, et que le bref de mariage encombré n'avait pas lieu alors que la

---

(1) Art. 538.
(2) Art. 539.

vente s'était dûment opérée par le consentement des deux époux (1). Mais, par la suite, le remploi légal ou de plein droit s'introduisit, pour le grand avantage des femmes, par la jurisprudence des parlements ; la Normandie participa à ce progrès. Mais elle y ajouta ceci : s'il arrivait que les biens du mari ne fussent pas suffisants pour fournir le remploi, la prévoyance conservatrice des magistrats normands (2), et ensuite de la coutume, considérait comme inutile le consentement prêté à l'acquéreur par l'épouse; celle-ci pouvait rentrer dans ses biens, sans restitution de deniers (3). C'est en quoi la coutume de Normandie différait des statuts des pays de coutume, où l'obligation du remploi n'exerçait pas de réaction sur les tiers de bonne foi. En Normandie, au contraire, les tiers étaient tenus de veiller au remploi, s'ils ne voulaient pas s'exposer à des recherches funestes.

---

(1) Dumoulin sur Paris, § 108. Il dit : « *Il y a arrest de* » *Rouen qui déclare que le profit de mariage encombré n'a lieu* » *quand la femme vend avec son mari.* »

(2) Arrêt de 1579, qui précéda la disposition de la coutume et la prépara.

V. M. Homberg, dans son excellente dissertation sur les *Abus du régime dotal*, p. 120.

(3) Art. 540.

On aperçoit par là que le régime dotal de la Normandie n'avait rien de pareil au régime dotal du Code de Justinien. La coutume de Normandie, qui visait surtout à l'originalité, n'aurait jamais voulu se laisser défigurer par les maximes du droit romain, pas plus que par les maximes du droit coutumier (1). Son point de départ était tout opposé au droit romain, puisqu'elle permettait l'aliénation du bien de la femme, tandis que Justinien la défendait absolument (2). Elle ne s'en rapprochait que dans la faculté qu'elle donnait à la femme qui ne trouvait pas de remploi d'inquiéter les tiers détenteurs. Mais il y avait cette différence que, dans le système du Code de Justinien, l'action de la femme, contre les acheteurs de son bien, était principale et directe, tandis que, dans le droit normand, elle n'était jamais que subsidiaire. En un mot, la coutume de Normandie se séparait essentiellement du droit coutumier et du droit romain. Elle avait pris une voie mitoyenne entre l'un et l'autre (3), don-

(1) Houard, *Anciennes Lois des Français*, préface, p. XXXI.
(2) Basnage sur l'art. 538.
(3) *Id.* sur l'art. 539.

nant au crédit beaucoup moins que le droit coutumier, et beaucoup plus que le droit de Justinien.

Des esprits éclairés n'ont pas goûté cet éclectisme du droit normand (1); d'autres y ont vu un de ces chefs-d'œuvre qui ont fait donner à la coutume de Normandie le nom de *sage coutume*. Ce qu'il y a de sûr, c'est que le régime dotal est entré fort avant dans les préjugés de la population normande, et qu'il correspond, jusqu'à un certain point, avec ses idées de circonspection et ses habitudes de défiance. La preuve en est que, même aujourd'hui, quelque déformation que le système normand ait éprouvée par le régime dotal du Code civil, on incline vers ce dernier régime plutôt que vers la communauté, sauf à se rapprocher le plus possible, par des pactes spéciaux, de l'ancien usage (2). Cette per-

---

(1) M. Homberg, *loc. cit.*, p. 124; M. Senard, cité par lui, p. 127 et 128. La dissertation de M. Homberg est très-intéressante à lire et très-digne de méditation.
M. Marcel, notaire à Louviers, *du Régime dotal*.

(2) On stipule la faculté d'aliéner avec remploi; mais le recours n'est plus subsidiaire comme jadis; il a toute la rigueur d'une action directe. On stipule aussi des sociétés d'acquêts, ainsi que nous le verrons plus tard.

sistance est une preuve éclatante des tendances populaires : il n'y a pas de paysan normand, si illettré qu'il soit, qui ne répète comme un élève de Basnage : « Bien de femme ne doit pas se » perdre. » Mais ce qui se perd, c'est le crédit, c'est la facilité des affaires, c'est la sûreté des acquisitions. Les complications hérissent, en effet, les transactions les plus simples, et les tribunaux retentissent de tristes et nombreux débats qui attestent l'absence de bonne foi et une lacune dans la morale publique.

Ceci nous conduit à présenter quelques observations sur le régime dotal comparé au régime de la communauté.

Nul ne contestera que la communauté ne soit le mode d'association le mieux approprié au lien qui unit la personne des époux. S'il s'est tardivement introduit dans les mœurs des nations, c'est que l'émancipation de la femme a été une conquête lente de la civilisation, et qu'avec la servitude de la femme la communauté est absolument impossible. Le christianisme a tiré la femme de son état d'infériorité, et après l'avoir élevée jusqu'à l'homme par un rapport d'égalité, il a élevé le mariage jusqu'à Dieu par un principe de spiritualité. L'union de l'homme et de la femme dans une seule personne a pris, par le

mariage chrétien, un caractère chaste et moral qu'il n'avait jamais eu auparavant. Au point de vue de la philosophie chrétienne, les rapports des sexes sont moins une satisfaction donnée à la nature brutale qu'un échange de dévouement et d'amitié, et la source d'une autre amitié non moins grande, l'affection paternelle. Les époux sont une même chair, et deux personnes en une.

Je me rappelle qu'Aristophane, dans sa discussion sur l'amour, dit que la passion, quand elle est violente, donne le désir de fondre notre existence dans celle de l'objet aimé et de ne faire qu'un seul et même être avec lui (1). Le mariage chrétien réalise ce désir en l'épurant ; et quand un choix sage et réfléchi le rend heureux, il semble que Platon ait exprimé une vérité plutôt qu'une fable ingénieuse, lorsqu'il représente, dans son *Banquet*, les deux moitiés comme n'ayant fait qu'un dans un monde primitif, et se cherchant, se reconnaissant et s'unissant dans une nouvelle union (2).

Quelle est la conséquence de cette unité ? est-ce une séparation dans les intérêts, comme le veut

---

(1) Aristote, *Politique*, liv. 2, chap. 1, p. 99, a reproduit cette idée.

(2) Trad. de M. Cousin, t. 6, p. 273, 274 et 275.

le régime dotal? est-ce une société de biens, comme le veut le régime de la communauté? la réponse n'est pas difficile : unité de personnes, identité d'intérêts, communauté de biens, ce sont là des idées qui s'enchaînent invinciblement, et l'on ne sépare les intérêts de deux êtres si intimement conjoints qu'en déviant de la pensée qui a rapproché leurs personnes. Le régime dotal est donc en désaccord avec la vérité quand il met, dans le régime des biens, une séparation qui répugne au régime des personnes. La communauté est le seul régime analogique à l'essence du mariage.

Mais ce n'est pas tout. Que se passe-t-il quand le mariage est contracté? n'y a-t-il pas une collaboration de tous les instants, une œuvre incessante et commune pour s'aider, se secourir, grandir en bien-être et en honneur, et assurer le sort des enfants? La communauté des acquêts est donc le résultat logique de cette action commune, et le régime dotal marche à rebours du vrai en donnant tous les bénéfices au mari et rien à la femme. Lorsque deux personnes s'associent pour une entreprise commerciale, tous les profits sont communs ; c'est là la règle de la justice et du bon sens. Or, voilà deux personnes qui s'unissent par des liens bien plus étroits que

ceux d'une affaire de commerce, qui mettent en commun leur existence et leurs pensées, dont tous les actes réagissent de l'une à l'autre ; et ces deux personnes, placées par le régime dotal sur un pied de séparation, ne confondront pas les acquisitions recueillies par le labeur commun ! La femme aura travaillé, aura souffert, aura économisé, sans que les profits soient partagés avec elle ! pareille à une étrangère ou à une servante de la maison, il faudra qu'elle quitte tout ce qui était cher à son cœur et à ses habitudes dans les objets dont elle a joui et à l'acquisition desquels elle a coopéré ; il faudra qu'elle se contente de retirer son pécule dotal, sorte de dépôt qui doit la consoler du reste ! Est-ce là la nature ? est-ce une combinaison qui soit d'accord avec les affections de l'épouse et le rôle qu'elle a joué dans la société conjugale ? Je conviens que la femme n'est pas exposée à perdre sa fortune personnelle dans un tel système ; mais pour arriver à ce résultat, dont se glorifient les partisans de la dot, il faut isoler la femme des vicissitudes de la vie conjugale ; il faut briser le *consortium omnis vitæ;* il faut la rendre indifférente aux revers et aux prospérités du mariage. Quelle subversion de la pensée fondamentale qui préside au mariage chrétien, à cette association de deux destinées également

bénies par la main du prêtre, pour la bonne et la mauvaise fortune! La femme est la Vesta du foyer domestique; quand elle en est absente, on sent que la maison manque de sa divinité. Que fait le régime dotal, sinon effacer son concours, paralyser son influence, annuler sa participation?

Maintenant, cette conservation de la dot, achetée au prix de tant de contre-sens, est-elle en soi un acte approuvé par la justice et d'accord avec la conscience? non, certainement non, au moins dans la plupart des cas. Les époux ont contracté des dettes, soit pour se livrer à une vie plus agréable et plus facile, soit pour pourvoir plus largement à une meilleure éducation des enfants : la femme ne jouit-elle pas de ces douceurs ou de ces avantages? pourquoi donc ne les payerait-elle pas? n'est-elle pas capable d'engagements avec l'autorisation de son mari? est-elle dans la bonne foi, quand elle résiste aux réclamations du créancier qui a loyalement prêté ses fonds à elle et à son mari, ou de la caution qui a répondu pour eux, ou de l'ouvrier qui a fait des fournitures pour les besoins de la maison? Mariée en communauté, la femme se couvrirait de honte, si elle venait renier ses engagements. Mais il y a une autre morale pour la femme dotale :

elle peut promettre et signer ; elle n'est pas forcée de tenir.

On ne peut donc pas dire que ce soit dans le régime dotal que réside le siége de la bonne foi. Ce régime provoque, au contraire, aux plus grands manquements de la foi promise. Voilà pourquoi, malgré son apparente simplicité, il fait surgir une foule de procès où l'on voit les pactes déchirés, l'équité vaincue par le droit strict, le bon service payé par l'ingratitude, le crédit sacrifié à la chicane. L'intérêt public exige, dit-on, que, même à ce prix, le bien dotal se retrouve toujours : je m'incline donc devant l'intérêt public. Mais on ne m'empêchera pas de penser que le régime de la communauté est bien supérieur, lui qui tient compte du crédit, qui s'arrange avec la bonne foi, qui respecte les contrats. Est-ce une bonne école pour la morale publique d'un pays, qu'un régime qui, par sa nature même, donne beaucoup plus d'appât aux mauvaises passions qu'aux sentiments honnêtes? N'est-on pas autorisé à supposer que les pays où fleurit la communauté sont plus avancés en liberté civile, et présentent plus de loyauté dans les mœurs, plus de sûreté dans les rapports privés, plus d'égalité entre les deux époux? La preuve en est que les choses marchent à merveille dans

les pays de communauté, en laissant le mariage se régir par la liberté et la bonne foi, tandis qu'on croirait tout perdu dans les pays dotaux, si on ne cantonnait les époux dans un régime de contrainte, de prohibition et de nullités. Le régime dotal prend pour son point de départ la défiance ; la communauté prend le sien dans la confiance. Le régime dotal ne voit surtout que les maris qui se ruinent ; le régime de la communauté est plus préoccupé des bons pères de famille que le progrès vient récompenser de leur diligence. L'un est essentiellement pessimiste ; l'autre, sans être absolu dans son optimisme, espère dans la sagesse de l'homme et dans ses vertus économiques. Évidemment, les populations que le législateur juge capables de supporter le libre régime de la communauté sont, à ses yeux, supérieures en dignité à celles qu'il faut tenir en bride par des restrictions à la liberté.

Voilà le côté moral de la question... Venons au point de vue économique.

Est-il bon que la moitié des biens d'une province soient soustraits au mouvement de circulation qui, dans les pays de communauté, a donné à la terre une si prodigieuse valeur? Est-il conforme aux intérêts des époux que des capitaux immobiliers, dont ils pourraient tirer un

parti très-avantageux par une vente opportune, restent amortis dans leurs mains? J'ai reçu en dot un bien d'agrément qui me condamne à des dépenses onéreuses; je pourrais, en l'aliénant, me dégrever de ce passif annuel, placer le prix, augmenter le revenu de mon ménage : point du tout; le régime dotal m'oblige, par esprit de conservation, à m'appauvrir en frais stériles, à renoncer à tout progrès, et à vivre dans le malaise, au lieu du bien-être que j'ai sous ma main. Un fonctionnaire public a des biens dotaux dans le Midi; il accepte dans le Nord des fonctions inamovibles qui fixent son domicile loin du siége de sa fortune. Une sage économie domestique lui conseillera de vendre les immeubles dotaux, et d'en acheter d'autres dans sa nouvelle patrie. Mais non! le régime dotal le condamne à garder malgré lui des biens qu'il ne peut surveiller; il sera forcé de se donner un homme d'affaires, et ce qu'il connaîtra de plus clair et de plus net, ce sont les charges de la propriété et non les revenus. Un petit propriétaire a pour 4,000 fr. d'immeubles; il éprouve un de ces accidents de force majeure qui mettent le père de famille le plus rangé dans la nécessité d'emprunter : 1,000 lui seraient nécessaires et pourraient le mettre à flot; il travaillerait sous de meilleurs auspices; il écono-

miserait et pourrait réparer ses pertes en payant ses dettes. Mais la femme, créancière d'une dot de 1,500 fr., a une hypothèque légale sur les immeubles de son mari; et comme elle n'y peut renoncer, ainsi que pourrait le faire une femme commune en biens, le mari ne trouve personne qui consente à prêter des fonds sur le gage immobilier, lequel, y compris les frais de séparation, d'expropriation et d'ordre pour le cas extrême où il faudrait en venir à la saisie (1), n'est plus suffisant pour présenter une sécurité (2). Ainsi, voilà le ménage condamné à périr; 1,000 francs empruntés à temps auraient pu le sauver. Mais le régime dotal, qui prétend conserver, prononce son arrêt de mort.

Que dirai-je enfin des progrès que les familles agricoles du nord de la France obtiennent tous les jours dans leurs exploitations, en offrant aux tiers le crédit simultané de l'homme et de la femme? Que dirai-je, par contre, de l'impuissance des époux dotaux pour sortir d'une routine stérile,

---

(1) On peut les évaluer à 2,500 fr.
Plus, la dot de la femme, 1,500 »
Total: 4,000 fr.

(2) MM. Homberg, p. 206, a très-bien exposé ces inconvénients. Marcel, *du Régime dotal.*

grâce à l'absence de crédit qui est le fruit déplorable de leur situation matrimoniale?

Que résulte-t-il de là?

C'est que les époux s'ingénient pour faire fraude à une loi qui les blesse si profondément. On simule des actes afin de se placer dans les cas rares où la loi permet l'aliénation du bien dotal. Par exemple, on fait apparaître un établissement menteur pour un enfant; ou bien on arrange, avec des compères, des contraintes par corps fictives (1); ou bien encore on suppose des besoins d'aliments qui n'existent pas, etc., etc., et par là on surprend à la justice des autorisations d'aliéner. Nous ne disons rien ici que la suite de ce commentaire ne montre bientôt dans de tristes faits. Ces manœuvres sont usuelles, et, quoique très-fréquentes, elles s'enveloppent de tant d'artifice qu'il est presque impossible aux magistrats de les saisir.

Mais ce n'est encore qu'un des moindres maux du régime dotal. C'est surtout à l'égard des tiers que ce régime est hostile à tout crédit et fertile en déceptions.

Un bien est mis en vente; il appartient à une femme qui s'est mariée hors pays, et qui dit avoir

---

(1) *Infrà*, n° 3439.

contracté mariage sans contrat; elle et son mari jurent leurs grands dieux qu'ils sont communs en biens, et qu'aucun pacte dotal n'enchaîne leur liberté. Un vendeur de bonne foi achète, purge et paye; mais quelques années après, les époux étant morts, un héritier se présente qui, au nom de sa mère, montre un contrat de constitution dotale, et fait révoquer l'aliénation. J'ai été témoin, il y a peu de temps, d'une fraude de cette espèce. Comment l'acquéreur pouvait-il se garantir de cette surprise? quelle raison avait-il de mettre en doute un fait aussi vraisemblable et aussi fréquent qu'un mariage sans contrat?

Maintenant supposons qu'un contrat de mariage existe, et qu'il soit loyalement produit; sachez bien qu'il n'est pas si facile qu'on le croit d'y voir ce qui y est écrit et d'exécuter ce qu'il commande.

Et d'abord est-ce, en réalité, le régime dotal qui est dans le vœu des époux? est-ce ce régime qu'ils ont préféré à tout autre? Ensuite, à quoi s'étend-il? laisse-t-il les paraphernaux en dehors de ses prévisions? Prenez garde qu'ici tout est de la plus haute importance pour les tiers, que la moindre erreur d'interprétation est ruineuse et irréparable, et que, cependant, les écueils sont nombreux, et qu'on marche sur la pointe d'une

subtilité de langage, d'un mot à double sens, d'une phrase plus ou moins correcte (1).

Mais avançons. Voilà le régime dotal clairement constitué. Il autorise l'aliénation de la dot. Gardons-nous de croire que tout est fini ; nous ne sommes encore qu'au début.

Et d'abord, l'autorisation d'aliéner contient-elle en soi l'autorisation d'hypothéquer? On comprend qu'il a fallu bien des procès ruineux et bien des arrêts, avant de faire entrer dans les esprits raisonnables que celui qui se réserve le droit d'aliéner ne se réserve pas la faculté d'hypothéquer.

Ce n'est pas tout : la femme s'est-elle réservé aussi le droit d'aliéner sa dot mobilière, ou de s'engager? On verra plus tard quel œil de lynx il faut avoir, dans certains cas, pour apercevoir les piéges que, sur de telles questions, le régime dotal sème sur les pas des tiers de bonne foi. Ajoutons que la jurisprudence moderne, plus sévère que les anciens arrêts des parlements voués à la dotalité et que la loi elle-même, interprète presque toujours les clauses dans le sens le plus défavorable au crédit, et que le moindre mot suffit pour renverser les opinions les plus vrai-

(1) *Infrà*, nos 3005 et suiv.

semblables et briser les engagements les plus solennels.

Assez souvent les parties conviennent que la dot sera aliénable à condition de remploi. Mais que d'embarras dans l'exécution du remplacement (1)! que d'embûches pour les tiers! que d'entraves aux affaires! Dans le régime de la communauté, il n'y a rien de plus simple et de plus conciliable avec le crédit que le système du remploi. Dans le régime dotal, il n'y a rien de si compliqué et de si gênant pour les tiers. Ils sont les boucs émissaires de l'opération, si elle tourne mal; car ils répondent des causes d'éviction existantes au moment de la vente (2), comme s'ils eussent eux-mêmes vendu; ils sont taillables et corvéables, soit pour une insuffisance de prix dans une vente à laquelle ils sont restés étrangers (3), soit pour les loyaux coûts d'un contrat d'acquisition dans lequel ils n'ont rien à faire (4). Ce qu'il y a de plus heureux pour eux, c'est d'être obligés de garder leur argent sans pouvoir se libérer, et de détenir, pendant des années entières, des propriétés dont le sort

(1) *Infrà*, nos 3403 et suiv., et 3406.

(2) N° 3424.

(3) N° 3427.

(4) N° 3428.

est incertain. Pour en finir, on est presque toujours obligé de faire un procès, soit réel, soit fictif, afin de ne payer qu'à l'ombre d'un jugement passé en force de chose jugée.

A tous ces inconvénients ajouterai-je que la dotalité s'oppose aux relations de bon voisinage d'héritage à héritage, qu'elle ne permet pas de recourir à des arbitres sur un procès qu'on voudrait éviter, que l'adversaire de la femme est presque toujours obligé de payer les frais du procès qu'il a gagné contre elle?

La conclusion de tout ceci est évidente : le régime dotal immole la morale publique à l'esprit de conservation ; il sépare les époux au lieu de les réunir ; il enlève à la propriété son mouvement, son essor, sa fécondité ; il la paralyse en l'amortissant. S'il donne de la stabilité aux intérêts de la femme, il fait peser sur les tiers et sur le crédit une instabilité désastreuse. Cette stabilité, d'ailleurs, par combien de froissements et de calamités n'est-elle pas achetée ! Que de remords ne faut-il pas dévorer pour venir tourmenter des tiers qui ont fait vivre le ménage de leur argent, et fourni à la femme des valeurs dont elle a eu sa part de jouissance et de profit !

Quoi qu'il en soit, cette pensée de Pasquier sera longtemps vraie :

« Interrogez ceux qui sont nourris au pays de
» droit écrit, ils vous diront que la séparation des
» biens est, sans comparaison, meilleure que la
» communauté ; et ceux du pays de coutume
» donneront leur avis en faveur de la commu-
» nauté des biens ; tant a de tyrannie sur nous
» un long et ancien usage (1)! » Mais que nous importent ces vulgaires préjugés, à nous qui n'avons pas la prétention de convertir les peuples? car nous ne parlons qu'au petit nombre de ceux qui portent dans l'étude du droit un esprit critique et philosophique. Or, nous sommes sûr de trouver de l'écho parmi eux, lors même qu'ils auraient sucé en naissant le lait des pays dotaux. En Normandie, par exemple, il est peu d'hommes réfléchis qui ne reconnaissent les maux attachés au régime dotal, regrettant que le Code civil n'ait pas été l'occasion de substituer, dans cette province, la communauté à la routine dotale. J'ai remarqué également, dans une assez longue expérience des hommes, que les juges les moins enclins à exagérer les priviléges de la dotalité sont les magistrats nés dans

(1) *Recherch.*, liv. 4, p. 500.

le Midi, qui, transplantés dans les provinces de communauté, ont pu faire une étude pratique des deux régimes, et se sont éclairés, par la comparaison, sur les inconvénients de la dot. Il suffit, en effet, d'observer de près les mariages gouvernés par la communauté, pour être convaincu qu'ils se signalent par plus d'égalité entre les époux, plus d'émulation dans le travail, de bonne foi dans les rapports extérieurs, plus de crédit auprès des tiers, plus de progrès dans la famille. Que ceux qui n'ont jamais vu fonctionner la communauté y aperçoivent des périls et des difficultés pratiques, je le conçois, et c'est ce qui m'explique certaines prédilections invétérées pour la dot. Mais quiconque aura été témoin de l'application de la communauté au mariage, dans les provinces que féconde ce régime, reconnaîtra que le mécanisme n'en est compliqué qu'en apparence, que la bonne foi et l'équité en simplifient les rouages, et qu'il vaut mieux vivre sous une loi de liberté et de confiance que sous une loi de contrainte et de défiance. Les époux qui répondent, par les vertus domestiques et par le progrès, à la confiance du législateur dans leur liberté, offrent un spectacle honnête, qui plaît à la raison, et finit par illuminer et par convaincre les consciences les plus ré-

calcitrantes. C'est le phénomène de la forêt de Dodone, dont la fontaine sacrée avait le privilége d'allumer le flambeau qu'on en approchait à une certaine distance (1).

---

(1) Pline, 2, 103.
Mémoires de l'Acad. des Sciences, 1699, p. 23.

CODE CIVIL.

LIVRE III.

TITRE V.

DU CONTRAT DE MARIAGE

ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

DÉCRÉTÉ LE 12 FÉVRIER 1804, PROMULGUÉ LE 22.

CHAPITRE PREMIER.

Article 1387.

La loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs et en outre sous les modifications suivantes.

Article 1388.

Les époux ne peuvent déroger ni aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme et des enfants, ou qui appar-

tiennent au mari comme chef, ni aux droits conférés au survivant des époux par le titre *de la Puissance paternelle*, et par le titre *de la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, ni aux dispositions prohibitives du présent Code.

SOMMAIRE.

1. Différence entre le mariage et le contrat de mariage. Gravité des intérêts qui se traitent dans ce contrat.
2. Le contrat de mariage est dominé par une idée fondamentale, savoir, que la femme étant la plus faible, doit être la mieux protégée.
3. Dans tous les systèmes admis chez les nations civilisées, on a été préoccupé de la conservation du bien des femmes.
4. Ceci est vrai même dans le régime de la communauté, où cependant l'apport de la femme se fond dans l'actif social.

   De la règle : *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse* ; de l'application qu'en fait le régime de la communauté ; des priviléges dont il est l'origine.
5. Le contrat de mariage jouit d'une grande liberté ; liberté qui lui est nécessaire pour mettre les personnes d'accord avec les intérêts.
6. Mais cette liberté doit être tempérée par le respect de certaines règles de morale, que le droit suppose préexistantes. L'intérêt a sa place dans le contrat de mariage ; mais l'affection doit y avoir aussi la sienne.
7. Danger des mariages mal assortis, disproportionnés, ou dirigés par le seul amour de l'argent.
8. Du reste, quoique la liberté des conventions matrimoniales puisse quelquefois servir ces unions peu morales, elle n'en est pas moins une chose nécessaire en général. Si elle nuit quelquefois, elle est utile le plus souvent.

9. Les donations d'époux à époux, qui, dans beaucoup de cas, favorisent les bons mariages et partent de sentiments moraux, sont quelquefois le cortége de mariages inspirés par l'avarice et l'avidité.

10. De tous temps, il y a eu de ces unions vénales : *Venalicia matrimonia,* comme disait le jurisconsulte Paul. — Plaintes de Coquille et de d'Argentré.

Il n'est pas défendu de consulter l'intérêt dans les contrats de mariage, il faut même en tenir compte; mais il faut y garder une place pour l'affection. Une union durable autant que la vie, doit reposer sur les sentiments les plus durables du cœur humain.

11. On doit donc blâmer les donations d'époux à époux qui sentent l'amour effréné de l'argent. On doit approuver les donations inspirées par la bienveillance, la générosité et un amour mutuel.

12. En général, les donations faites par des tiers aux époux sont plus exemptes de suspicion que les donations d'époux à époux. Elles ne sont pas dépravées par l'avarice ou un fol amour.

13. Quoi qu'il en soit, il est certain que la liberté est très-nécessaire dans le contrat de mariage. Ce contrat est fort complexe. Il prévoit beaucoup d'éventualités. Il réunit en lui des prévisions et des sentiments qui quelquefois semblent se contrarier. Mais tout s'explique par la nécessité où il est d'aviser au présent et de prévoir l'avenir.

14. Le contrat de mariage est favorable et privilégié.

15. C'est pourquoi il a été soumis à des formalités spéciales,

16. Et déclaré irrévocable.

17. Raison spéciale de cette irrévocabilité. Situation des époux l'un vis-à-vis de l'autre, sous le rapport de la liberté des contrats.

18. C'est à raison du soin extrême qui est dû aux conventions matrimoniales, que le législateur a organisé un ré-

35. Des avantages de la communauté sur les autres régimes. Le droit romain avait préféré la dot.
36. Il paraît cependant que la communauté conventionnelle n'y était pas inconnue.
37. Le système de la dot régnait autrefois en pays de droit écrit. Sur quelles bonnes raisons s'appuie ce régime.
38. Dans les pays coutumiers on suivait le régime de la communauté ; ce régime était le régime coutumier et légal.
39. Lutte entre le midi et le nord à l'époque de la préparation du Code civil.
40. Position de la question.
41. Objections des conseillers d'état appartenant au midi de la France.
Réfutation.
42. Le système de la communauté légale est justement consacré par le Code.
43. L'expérience montre qu'on ne s'en trouve pas mal.
44. Mais le régime dotal a aussi ses avantages dans certains cas, et la loi a bien fait de lui donner place.
45. La loi n'a pas repoussé la séparation de biens. La liberté l'exigeait.
46. On a donc accordé à la liberté des conventions un cercle très-large pour se mouvoir.
47. Quel que soit le régime préféré par les parties, quand même ce ne serait pas le régime de la loi, il est vu avec faveur.
Toujours le contrat de mariage est favorable.
48. Mais pour cela, il faut que les parties se renferment dans certaines limites. Enumération des prohibitions devant lesquelles la liberté des parties doit s'arrêter.

§ 1er.

49. Des clauses contraires aux bonnes mœurs.
50. Suite.
51. Suite. Renvoi à l'article 1397 pour ce qui concerne les fraudes commises par contre-lettre.
52. La condition de ne pas se remarier n'est pas contraire aux bonnes mœurs.
53. Autre clause non suspecte.

§ 2.

§ 3.

§ 4.

§ 5.

70. Des pactes qui dérogent à l'ordre des successions. Renvoi à l'art. 1389.

§ 6.

71. Des pactes qui ont pour effet de faire revivre d'anciennes coutumes abrogées. Renvoi à l'art. 1390.

§ 7.

72. Des pactes qui dérogent à des lois spéciales et à des textes positifs.

73. Explications sur ce qu'on doit entendre ici par lois prohibitives. Il y a des lois prohibitives qui sont telles, quoiqu'elles ne portent pas avec elles de disposition pénale écrite.

74. Ainsi, les clauses qui pervertissent la nature de la dot sont contraires à la loi d'organisation du régime dotal, loi qui prohibe tout ce qui altère les conditions essentielles de la dot.

75. Par la même raison tombent, le régime de la communauté étant donné, les pactes hostiles à l'essence de ce régime.

76. La femme ne peut renoncer par contrat de mariage à son privilége de n'être tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument.

77. Réponse à une objection.

78. La femme ne peut renoncer par contrat de mariage à sa liberté naturelle et légale.

Ainsi, la femme commune ne peut stipuler qu'elle ne pourra s'obliger pour son mari.

79. Elle ne peut s'interdire non plus d'aliéner ses propres ou de les hypothéquer avec l'autorisation du mari. Une telle clause ne serait pas obligatoire pour les tiers. Une femme ne peut s'interdire elle-même.

80. Explication à cet égard.

81. Une femme ne peut, par suite, stipuler d'une manière obligatoire pour les tiers, que ses biens propres ne seront aliénables avec l'autorisation du mari que de telle ou telle manière, par exemple, à condition de remploi. La condition de remploi n'a d'effet contre les

tiers que dans le régime dotal, à cause de l'inaliénabilité de la dot

82. C'est parce que les contrats de mariage doivent respecter les lois prohibitives que, dans l'ancien droit, le contrat de mariage fait à Paris et stipulant la communauté, n'avait pas d'effet sur les biens situés en Normandie ; car la coutume était prohibitive de tout ce qui n'était pas conforme au statut normand.
83. Elle prohibait non-seulement ce qui ne protégeait pas la femme contre la perte de sa dot, mais encore, et par compensation, tout ce qui pouvait l'enrichir au-delà de la mesure coutumière.
84. Cependant si des Parisiens mariés en communauté à Paris faisaient des acquêts en Normandie, on laissait gouverner ces acquisitions par la coutume de Normandie.
85. Suite.
86. Mais si c'était un Normand qui épousait à Paris une Parisienne et lui promettait la communauté, l'épouse n'avait dans la communauté que la part fixée par la coutume de Normandie.

    L'épouse devenue femme normande ne devait pas trouver mauvais d'être traitée par le statut normand.
87. Tout cela n'avait lieu en Normandie qu'à cause du caractère prohibitif de la coutume.
88. Sous l'empire de la loi de nivôse an II, a-t-on pu stipuler en Normandie la communauté ?
89. Réflexions générales sur tous les cas de prohibition examinés ci-dessus.
90. Le contrat de mariage est un contrat conditionnel. Il contient toujours la condition, *si matrimonium fuerit secutum*.
91. Si le mariage est nul, la condition ne se vérifie pas, et le contrat est caduc, bien qu'il ait été revêtu de toutes les conditions extérieures de validité.
92. Exception pour les cas où la bonne foi soutient les effets civils du mariage.

93. Du reste, si le mariage, nul en principe, est validé *ex post facto*, le contrat de mariage n'est pas caduc. On n'applique pas ici la règle de Caton.
94. Quelque intimité qu'il y ait entre le contrat de mariage et le mariage, si le mariage est valable en soi, tandis que le contrat est nul par un défaut propre, on annule le contrat de mariage tandis qu'on respecte le mariage. En ce sens, on peut scinder le mariage et le contrat de mariage.
95. Mais *quid juris*, si, le mariage et le contrat de mariage étant infectés du même vice de consentement, le mariage se trouve couvert et validé par quelque fin de non-recevoir? la fin de non-recevoir couvrira-t-elle et validera-t-elle le contrat?
96. Exemple tiré du mariage du mineur.
Il faut répondre, avec Lebrun, que le contrat sera validé par la fin de non-recevoir qui valide le mariage.
97. Réfutation de l'opinion contraire de quelques auteurs modernes.
98. Autre cas tiré du mariage du mineur.
99. Du contrat de mariage de l'insensé. Est-il couvert par les fins de non-recevoir qui mettent le mariage à l'abri des attaques des collatéraux?
100. Anciens arrêts.
Premier arrêt du 26 mars 1604. Conclusions de Servin. Tempérament proposé par lui et non adopté par la Cour.
101. En effet, il y avait de graves inconvénients.
102. Deuxième arrêt de février 1618, conforme au précédent et confirmant le contrat de mariage.
103. Troisième arrêt conforme du parlement de Provence.
104. Suite. Conclusions sur cette ancienne jurisprudence.
105. Il existe cependant un arrêt de la chambre des requêtes, rendu sur des faits antérieurs au Code civil, et qui s'écarte de ces précédents.
106. Jurisprudence suivie sous le Code civil.
Arrêt de la Cour de Paris.

COMMENTAIRE.

1. Le mariage unit la main des époux ; le contrat de mariage régit leurs intérêts. Le premier considère les personnes; le second considère les biens. Chacun d'eux a ses règles et sa sphère distincte. Ils se lient cependant de la manière la plus intime, de telle sorte que celui-ci ne saurait exister qu'à la condition de l'existence de celui-là.

Les intérêts que gouverne le contrat de mariage, sont les plus graves qui puissent tomber sous la puissance de la convention : car il s'agit de l'établissement de la famille, de la prospérité du ménage, du patrimoine des enfants. L'ordre public et l'ordre

privé s'associent dans le contrat où se traitent ces grands objets. Les époux qui s'unissent, les familles qui s'allient, la lignée qui va venir, les tiers qui contracteront, le présent et tout un avenir, voilà ce qu'embrasse, dans sa prévoyance, cette charte du foyer domestique : elle touche à tout ce qu'il y a de plus essentiel et de plus vital dans l'état ; le crédit et la propriété ne sauraient faire un mouvement sans y aboutir (1).

2. Le mariage est une société ; mais les deux parties n'y sont pas égales. La force est au mari, la faiblesse à la femme. Malgré tous les efforts de la civilisation pour adoucir les forts et pour fortifier les faibles, il reste, et restera toujours, entre l'homme et la femme une inégalité naturelle plus ou moins marquée.

Cette inégalité a son reflet dans le contrat de mariage. On peut même dire que ce contrat a été organisé sur cette base ; non pas pour faire à la femme une condition humiliante et indigne, mais pour lui assurer les garanties qui sont dues à sa fragilité. Le contrat de mariage, en acceptant comme un fait la puissance du mari, la corrige par de sages et habiles combinaisons. Il vient au secours de la femme et contient la supériorité du mari. Tel est le caractère des bonnes lois démocratiques. Elles ne nient pas des inégalités que Dieu a faites, et que la puissance de l'homme ne saurait effacer. Mais dans leur affec-

---

(1) *Infrà*, n° 111.

tion pour l'humanité, elles s'efforcent de les rendre moins pesantes et plus supportables. Tous les priviléges des femmes, le droit de renonciation à la communauté, le privilége de n'être tenue des dettes qu'à proportion de l'émolument, les reprises sur les biens propres du mari, l'hypothèque légale, l'inaliénabilité du fonds dotal, tous ces bénéfices et autres qui seront développés dans le cours de ce commentaire, sont la réalisation de cette idée, que la femme étant la plus faible, doit être la plus protégée. La loi a voulu tenir une balance équitable, et compenser la puissance naturelle du mari par les priviléges civils de la femme. C'est par ces prudentes précautions que la société conjugale a cessé d'être une société léonine, ainsi qu'elle l'a été aux époques d'oppression où la femme mariée n'avait ni liberté sur son propre patrimoine, ni influence sur la gestion des affaires domestiques. Le mari recueillait comme un lion superbe tous les avantages du mariage; et la femme aurait pu être appelée étrangère au milieu de ses biens et de ses enfants, si elle n'eût été la première esclave de la maison. Le temps a redressé ces erreurs ; la loi écrite, se mettant d'accord avec la nature, a rendu à la femme la place que Dieu lui a faite à côté de l'homme.

3. Pour arriver à ce progrès, beaucoup de systèmes ont été essayés : la dot et les paraphernaux, la communauté et la séparation de biens, sont autant de combinaisons que la jurisprudence a approfondies à la suite d'expériences longues et répétées ; plusieurs ont reçu la constante approbation des peuples. Quel

que soit leur mérite respectif, tous ces régimes ont eu une vue commune, la conservation du bien des femmes. Chacun a marché vers ce but avec des moyens divers ; mais au fond, on suit toujours, à travers de profondes variétés de mise en œuvre, cette pensée, la même pour tous, savoir : que la conservation du patrimoine des femmes importe à l'intérêt de l'État. Que pouvait-on faire de moins pour la femme, qui, par cela même qu'elle perd par le mariage une partie de sa capacité, doit surtout être incapable de perdre son bien. Répétons-le donc : le contrat de mariage, tel qu'il est organisé dans les législations équitables, est moins la consécration de la puissance du mari que la limitation juste et mesurée de sa force et de sa supériorité. Si le régime de la dot est si simple, si le régime de la communauté est si compliqué, c'est parce que la protection due à la femme a exigé cette forme absolue chez l'un, ces savantes et ingénieuses modifications chez l'autre. Les femmes n'ont pas fait les lois (elles s'en plaignent quelquefois) ; mais les lois ont été faites surtout pour elles. Le contrat de mariage notamment est le code de leurs priviléges; le législateur s'y montre comme un tuteur vigilant qui leur prodigue les faveurs et les exceptions.

4. Ce n'est pas gratuitement et sans réflexion que je prête au régime de la communauté cette vue politique de conserver le bien de la femme. Ce régime, si profitable à l'union conjugale, n'a pas été plus indifférent que les autres à un intérêt de conservation dont l'importance est si évidente. Seulement, il a

pourvu à sa manière à la protection de la femme, et il a cherché à la combiner avec le crédit et la bonne foi.

Le régime dotal des Romains disait : *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse* (1) ; c'est là-dessus qu'ont été greffés plusieurs priviléges que le régime de la communauté ne connaît pas, et notamment l'inaliénabilité des fonds apportés au mari par l'épouse.

Si l'on veut entendre cette maxime à la manière des Romains, il est vrai : le régime de la communauté la pratique peu. Car, dans le système de la communauté, l'apport de la femme entre dans la masse commune ; il est livré avec tout l'actif à l'arbitraire du mari, investi d'une puissance à peu près absolue pour l'aliéner à son bon plaisir, pour le faire disparaître dans les combinaisons et les nécessités d'une gestion sans responsabilité. Sous ce rapport donc, l'adage romain n'a pas, dans le régime qui est aujourd'hui en France le régime légal, l'autorité imposante dont il jouit dans le régime dotal. Mais ce n'est pas en ce sens que nous avons avancé que le bien de la femme a aussi sa protection dans le régime de la communauté ; c'est dans un sens tout autre, et qui n'en a pas moins sa haute importance. La femme mariée en communauté ne fait pas entrer dans l'actif commun toute la masse de ses biens. Elle a des immeubles qui lui restent propres. Elle a des meubles qu'elle peut réaliser. Ce sont ces biens propres que le régime de la communauté cherche sans cesse à

(1) Paul, l. 2, D., *De jure dotium*.

soustraire à l'action du mari, et qu'il tend à conserver à la femme et à ses enfants comme un patrimoine précieux, destiné à se retrouver dans les jours de détresse. Sans doute, nous en convenons, il n'est pas absolument vrai de dire, dans le régime de la communauté, que la dot apportée par la femme doit être conservée. Mais ce qui est fondamental, c'est que ses propres, c'est-à-dire ce qui n'est pas dotal, soit mis à l'abri des écarts de la puissance maritale. Voilà dans quel sens les auteurs coutumiers citent l'adage romain ; le détournant ainsi de sa véritable pensée et faisant servir à la protection des propres une idée d'intérêt public que le droit romain avait concentrée dans la dot. C'est au nom de ce principe, ainsi modifié et transformé, qu'ils enseignent que la femme n'est pas tenue des dettes au-delà de son émolument ; qu'elle peut, contre les règles ordinaires de la société, renoncer à la communauté (1), etc. Car tous ces priviléges ont été introduits pour empêcher que la femme, associée à une communauté malheureuse, ne perde ses propres, dernière ressource de ses enfants. Et lorsqu'ils disent : *Interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse,* ce n'est pas de la dot qu'ils parlent (car la dot s'est fondue dans la communauté, le mari l'y a peut-être perdue et absorbée), c'est du bien propre de la femme, c'est, en un mot, de ce qui n'est pas dotal.

Cependant, il est un point de droit coutumier qui peut se rattacher à l'application textuelle de l'adage

---

(1) Lebrun, p. 399, nos 1 et 2.

en question. C'est la faculté donnée à la femme de demander sa séparation de biens dans le cas où le mari est dissipateur.

Il est donc vrai de dire que le régime de la communauté avise aussi, par les voies qui lui sont propres, à la conservation du bien des femmes. Seulement, il arrive à ce but en ménageant beaucoup plus que ne le fait le régime dotal, les conditions du crédit. Le régime dotal ne s'inquiète que médiocrement de l'intérêt des tiers. Au contraire, le régime de la communauté, toujours attentif à la bonne foi, n'a pas voulu tourner contre le crédit des idées de conservation qui peuvent très-bien se concilier ensemble. Mais, quels que soient ses ménagements, il est certain qu'il n'a pas plus oublié que le régime dotal, ce patrimoine des femmes mariées, qu'il est bon de conserver intact pour servir de réserve contre les fatales éventualités de l'avenir.

5. Voilà, en somme, par quelles préoccupations le contrat de mariage a pourvu à ce qu'exigeait l'intérêt du plus faible. Voyons maintenant le rôle qu'y joue la liberté. Le respect dû à la volonté libre des parties (1) n'a pas été non plus oublié dans ce pacte solennel qui emprunte tant de force aux convenances individuelles. La liberté y peut tout ce qui n'est pas contre les bonnes mœurs et les lois de la nature et de l'ordre public.

---

(1) Orléans, art. 202.
Infrà, art. 1527, n° 2209.

Faisons cependant quelques réflexions générales sur ce point capital.

6. *Les mariages se font au ciel*, dit un vieux proverbe judiciaire (1). Mais la terre s'en mêle aussi, et il est à craindre qu'elle n'y apporte ses passions, surtout dans le contrat qui touche aux intérêts d'argent. Il y a des mariages auxquels on se laisse conduire par un amour irréfléchi ; il y en a d'autres auxquels président l'avarice et la spéculation. C'est là la corruption de deux sentiments excellents et nécessaires pour faire les bons mariages : une affection grave et pure, un légitime souci des avantages qui contribuent à rendre l'existence plus douce. Le mariage est une institution donnée à l'homme pour contenir, en la satisfaisant, la plus impétueuse des passions, et la faire tourner à l'établissement de la famille et au profit de la société. On n'y apporte que des dispositions peu rassurantes pour le bonheur domestique, quand on n'écoute que la voix d'un fol et éphémère amour et la sollicitation d'un intérêt égoïste. Une union aussi prolongée que l'union conjugale, doit reposer sur des sentiments solides, honnêtes et épurés par la raison. L'homme et la femme vont chercher dans le mariage, d'abord un partage de ces affections qui remplissent le cœur humain, puis la continuation d'eux-mêmes (2). Si l'espérance d'une lignée était le premier et le plus puissant mobile des époux, il man-

---

(1) Loisel, liv. 2, t. 2.
« Les mariages se font au ciel et se consomment en la terre. »
(2) Coquille, quest. 102 et 312.

querait quelque chose à leur union ; il y manquerait l'affection, sans laquelle les jours du mariage sont remplis de tristesse et d'ennui (1). L'affection prépare le mariage et le soutient. La descendance en est l'heureux complément, et ajoute au lien d'un amour honnête le doux lien des enfants. Et comme le mariage a la même durée que l'existence, la prévoyance s'unit à l'affection pour doter la famille des moyens qui, par le travail ou par la fortune, la mettent au-dessus des besoins ou lui assurent un avenir prospère. Voilà pourquoi le soin des intérêts pécuniaires joue un si grand rôle dans le mariage. La place qu'il y occupe est légitime ; elle est nécessaire. Seulement, il ne faut pas que ce soin absorbe tous les autres ; il ne faut pas qu'il étouffe la voix de ces nobles sentiments, qui élèvent l'union des sexes à la hauteur d'une société d'affection, d'un échange de dévoûment, d'un commerce du cœur.

7. Ces idées nous éloignent beaucoup d'une vieille maxime qu'a reproduite Loisel, et contre laquelle nous ne saurions trop nous élever, savoir : « *En mariage, il se trompe qui peut* (2). » S'il est, au contraire, un acte de la vie civile qui exige la plus entière bonne foi, c'est assurément le contrat de mariage; l'intérêt n'y est admis que comme moyen de rapprochement et non comme moyen de fraude entre les parties. Nous voulons même que l'intérêt y soit plus que loyal, qu'il y soit délicat et scrupuleux.

---

(1) *Infrà*, n° 302.

(2) 1, 2, 3.

Non-seulement il ne doit pas conspirer pour tromper les autres, mais il doit encore veiller sur lui-même, modérer son ambition et s'inspirer des autres mobiles légitimes qui portent au mariage. Éloignons donc des maximes dangereuses, si nous ne voulons pas que le contrat de mariage devienne le rendez-vous des plus mauvaises passions ; engageons à les combattre les légistes qui, appelés à donner des conseils aux parties, peuvent influer sur leurs déterminations. Les mariages inégaux ou non concordants se contractent avec d'autres conditions que les mariages bien assortis. Une vieille femme va jouer son bonheur en donnant sa main à un jeune époux ; ce n'est pas assez pour elle des tristes chances qui s'attachent à ce hasard ; il faut encore qu'elle achète par des sacrifices d'argent ce cœur qui sera bientôt de glace ; et, pour cela, on stipulera des parts inégales de communauté, des gains de survie et des donations qui sentent le trafic ; l'on verra le contrat de mariage souillé de cette clause qui paraissait suspecte au jurisconsulte Celsus : « Si vous me donnez tant, je vous épouserai (1). » Dans un tel mariage il y a deux mauvais sentiments, l'avarice chez le jeune homme, un manque de pudeur chez la vieille femme. Une seule de ces passions suffit pour souiller la sainteté du mariage. Qu'est-ce donc quand elles y sont toutes deux ! Un homme âgé se donne à une jeune femme qu'il aime. Esprit faible et façonné à la domination, il payera cher l'écot de ce festin

(1) L. 97, § 2, D., *De verb. obligat.*

où la douceur cache l'amertume : ce n'est que par des largesses qu'il s'assurera une fidélité apparente à laquelle le cœur n'aura point de part. Un homme pauvre prend une femme riche : en échange du bien qu'il reçoit, il épouse la fierté, les caprices, d'insupportables prétentions. Il est, pour me servir des expressions de Martial, la femme de sa femme. Et elle, qui a apporté une grande dot, elle exigera des assurances qui décèlent méfiance, des avantages, un préciput, des paraphernaux, tandis qu'elle fera aussi petite que possible la part de celui qui devrait être le maître, et qui a abdiqué entre ses mains. Puis, elle se livrera à une dépense proportionnée à ses riches apports. Si le mari est économe, la discorde sera le premier fruit de ce mariage désiré. Si, au contraire, il veut suivre l'exemple de sa femme, ce sera le désordre qui se mettra dans la maison : on mangera plus que le revenu, et quand arrivera, avec la dissolution de la communauté, le quart d'heure des comptes, et qu'on aura prélevé le droit et les avantages de la femme, *se verra* (je copie Coquille) *un mary ou des enfants coquins* (1). Parlerai-je de ceux qui compromettent dans de seconds mariages l'avenir et la fortune des enfants d'un premier lit? Que de piéges les environnent pour élever la famille nouvelle plus haut que celle qui est déjà formée, pour capter des avantages directs et indirects, et fonder des fortunes inégales? Je ne dis pas qu'il soit au pouvoir des légistes qui influent habituellement sur les contrats de mariage, de remettre, dans tous les

(1) Quest. 315.

cas, les choses à leur place. Il se commet des fautes dans les plus grandes affaires, même par les plus sages : ils échoueront donc souvent en luttant contre des passions aveugles qui entraînent la destinée. Cependant, à ce moment suprême où rien n'est encore décidé, un bon avis peut venir à propos pour soutenir la raison qui succombe ; et il leur appartient, à eux qui unissent la connaissance des lois à la connaissance des faiblesses humaines, de ramener ceux qui s'égarent, de raffermir ceux qui mollissent, et de briser des résolutions fragiles peut-être, parce qu'elles sont passionnées.

8. Au reste, ces dangers inséparables de la liberté des conventions matrimoniales, ne doivent pas nous faire craindre ou réprouver cette liberté, qui, en elle-même, est si favorable aux unions heureuses. La liberté manquerait de vie réelle si, sous prétexte de certains abus possibles, elle n'avait pas une constitution large qui souffre un peu de mal pour un plus grand bien. La plupart des combinaisons d'intérêt puisent leur degré de mérite dans les situations auxquelles elles s'appliquent. Il en est, sans doute, de radicalement mauvaises ; mais celles-ci sont rares, et la conscience n'a pas besoin de la loi pour savoir ce qu'elles valent. Les autres n'ayant qu'une vertu relative, peuvent quelquefois servir d'instrument à la fraude; elles secondent beaucoup plus souvent des intentions droites, et concourent à un but utile. La morale et la loi écrite les admettent donc, quoiqu'il ne soit pas impossible d'en abuser. N'est-ce pas la condition de la

liberté de marcher sans cesse à côté de l'abus? Mais l'homme capable de liberté est aussi capable de sagesse; et la sagesse développée en lui par la raison naturelle, par la religion et l'éducation, évite l'écueil du mal, et fait tourner au profit de l'honnête des actes que la malignité seule rend méchants et odieux (1).

9. Les avantages nuptiaux en sont la preuve. Il n'est rien de si facile que de les faire dégénérer en un honteux trafic. La loi les autorise pourtant; elle les favorise même dans une certaine limite et à certaines conditions. Pourquoi cette condescendance? C'est que ces avantages peuvent être mérités par le dévouement et l'affection conjugale. C'est qu'ils peuvent partir d'un cœur généreux et s'adresser à un cœur reconnaissant. C'est qu'il y a des cas où il est juste d'assurer une existence honorable et respectée à une épouse qui a donné à son mari son cœur, sa jeunesse et sa beauté. — Une libéralité généreuse n'est pas exclusive des sentiments nobles qu'exige le mariage, et l'on ne peut faire un plus honorable emploi de son bien que de le faire tourner au profit de la personne qui s'est faite la moitié de nous-même. Il ne tient que d'y garder la mesure, et, avec la mesure, le respect de soi-même, la délicatesse et la convenance envers les autres.

10. On s'est toujours récrié cependant contre les mariages d'argent, et il n'est que trop vrai qu'un désir immodéré de la vie heureuse fait dégé-

---

(1) V. les dispositions de l'art. 1527.

nérer, plus souvent qu'il ne faudrait, en une spéculation honteuse, l'acte de la vie qui repose le plus sur les qualités personnelles, le mérite et l'estime des parties. Ce mal est grave ; seulement il n'est pas d'aujourd'hui. Je laisse dire les critiques chagrins qui croient que c'est un fruit de notre siècle que de voir le mari marchander sa femme, et la femme mettre un tarif à la main de son mari. Ces unions étaient connues du temps des Romains et avant les Romains. Le jurisconsulte Paul les appelait des unions vénales, *venalicia matrimonia* (1), et il n'était pas le premier à se servir de ces expressions. Au seizième siècle, lorsque le droit et la philosophie, marchant sous la même bannière, eurent cimenté dans les livres de nos éminents jurisconsultes, le retour d'une alliance qui avait élevé si haut le droit romain, je vois les mêmes plaintes sur le temps présent, et les mêmes efforts pour rendre les mariages meilleurs et plus purs. Écoutons, par exemple, d'Argentré : « *Cum opes » et dignitatem in æstimandis maritorum conditionibus » pretio nummario exigerent, veluti in equis et jumentis » comparandis, cum inquirant an tanti ille sit maritus, » ut tantam dotem mereatur, qui mulierem ipsam » meruit ; et quem mulier se visceribusque dignum judi- » cavit, dote non tantâ dignum judicant* (2). » Si je voulais chercher, je trouverais des doléances non moins vives dans Coquille (3) : je l'entendrais dire qu'*en ce*

---

(1) L. 2, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

(2) Sur Bretagne, t. 19.

(3) Quest. 312, 315, 64, 102, etc.

temps, la vertu et l'honneur sont en peu de compte, censurer la *commune opinion, qui est que le vrai moyen d'avancer est d'avoir des biens*; s'élever avec véhémence contre le *mari qui espouse femme beaucoup plus riche* (1), contre les *femmes qui par l'occasion des mariages cherchent les moyens de se faire donner et d'être enrichies* (2). N'ayons donc pas de notre siècle une opinion plus rigoureuse qu'il ne mérite. Mais puisqu'il ne s'est pas purgé de la honte de ces unions vénales, qui dégradent la sainteté et l'honneur du mariage chrétien, rappelons-lui, à l'exemple des jurisconsultes qui puisaient aux sources de la morale les principes de leur science, rappelons-lui que ce n'est pas sans de puissantes raisons que la religion, la philosophie et le droit ont placé dans l'affection l'essence du mariage (3). Non pas qu'il soit défendu aux futurs époux, ou à leurs parents, de consulter les sages combinaisons de l'intérêt domestique, et de pourvoir au bien-être du mariage qui va se former. L'aisance est une des conditions du bonheur ; si le stoïcien rigide la dédaigne, le philosophe modéré qui vit au milieu du monde, ne conseillera pas de n'en avoir nul souci. L'avenir des conjoints et le sort des enfants ne sauraient être sacrifiés sans inhumanité aux transports passagers d'une passion qui ne calcule pas, ou à l'imprudente incurie d'un laisser aller qui ne sait

---

(1) Quest. 315.

(2) Quest. 312.

(3) Ulpien dit, en empruntant les paroles de l'empereur: *Amorem honestum solis animis æstimantes.*

L. 3, D., *De donat. inter vir. et uxor.*

rien prévoir. Quand on recommande aux futurs conjoints de rechercher la convenance des affections, ce n'est pas pour les détourner des soins de la prudence, pour leur fermer les yeux sur les exigences de la vie positive, pour les pousser, en un mot, jusqu'à l'entraînement de la passion. La passion s'éteint dans le commerce intime de la vie ; l'amitié s'y échauffe et s'y fortifie. Ce qui se fait sous la rapide impulsion de la passion, laisse bientôt la place au repentir ; et quel tourment que le repentir dans une union qui doit durer toujours ! L'amitié, au contraire, s'accorde avec la prévoyance ; elle écarte les illusions dangereuses ; elle s'éclaire des solides conseils de la raison. Si donc on veut éviter au mariage les déceptions d'un caprice tumultueux, ou les embûches d'une spéculation sordide, il faut le consolider par l'épreuve d'un amour honnête, *amor honestus*, comme dit Ulpien (1), d'une amitié vraie et *qui doit être de plus haut degré que nulle autre* (2). L'amitié est exclusive des mouvements impétueux du cœur, et des subtilités captieuses d'un mauvais esprit; elle donne pour garant à l'union conjugale la sincérité, la bonne foi, la prudence, l'intérêt bien entendu, toutes choses qui sont nécessaires dans les sociétés ordinaires et qui sont essentielles à la société des époux. Écartez l'amitié, vous n'aurez plus entre les époux qu'un sentiment fugitif qui deviendra d'autant plus froid qu'il a été plus bouillant, ou qu'un trafic mercenaire qui enlèvera

---

(1) L. 3, D., *De donat. inter vir. et uxor.*
(2) Coquille, quest. 64.

au cœur tout aliment. Les unions heureuses ne se forment pas par de tels liens.

11. C'est pourquoi l'on blâmera sévèrement avec le judicieux et sage Coquille (1) les donations par contrat de mariage qui sentent l'amour effréné de l'argent; ces donations ne sont bonnes que lorsqu'on y garde la modération, la réserve, la dignité, qui appartiennent à des personnes pénétrées du grand acte qu'elles préparent (2) : « Comme si une vieille hors » d'âge de faire enfants, épouse un jeune homme et lui » fait de grandes donations. *Imò*, je crois que ce n'est » mariage, pour ce que les principaux et essentiels » moyens de mariage n'y peuvent être, qui sont l'es- » time et l'amitié, la génération, et éviter occasion » de pécher.... Ainsi, faut croire que d'une part est » le fol et débordé plaisir de la vieille et l'avarice du » jeune, qui sont les principaux mouvements et cause » finale de leur mariage. »

Et plus bas :

« Par icelles souvent advient que les enfants du » mariage demeurent pauvres et coquins, comme si » leur mère, demeurée jeune veuve, va à secondes » noces, tirant tous les droits ; ou le mari, se trouvant » demeuré jeune, est contraint d'arrester en célibat, » ne trouvant pas parti digne de soi, à cause des » grands avantages que ses enfants ont, et il est en » péril de paillarder (3). »

Ces observations ont une couleur piquante dans la

---

(1) Quest. 17 et 149.
(2) V. art. 1515, 1516, etc.
(3) V. aussi quest. 102 et 312.

forme et un grand fond de raison. L'excès dans une matière de cette importance est une cause de trouble et de repentir. Il n'y a de bon, ici comme ailleurs, que ce qui est modéré et honnête. On méprise les époux qui se mettent à l'encan ; on voit tous les jours les malheurs des mariages achetés. Mais la morale ne défend pas de profiter de la liberté du contrat de mariage pour se donner des témoignages d'amitié qui se manifestent par des avantages modérés. La générosité est bien placée entre époux ; elle forme des liens plus étroits ; elle met la reconnaissance à côté de l'affection ; elle partage les faveurs de la fortune entre ceux qui ont partagé leur existence et leur destin.

12. Si les donations entre époux peuvent servir à un mauvais usage, il est plus difficile de trouver l'abus dans les donations faites aux futurs époux par des tiers. Aussi les donations les plus favorables sont-elles celles qui sont faites aux deux mariés, ou à l'un d'eux, ou aux enfants à naître, par des parents ou des personnes amies (1). Ces libéralités n'ont pas le caractère de passion, de fol amour, d'avarice, qui peuvent dépraver les donations d'époux à époux (2) ; elles facilitent les unions ; elles en sont la dot, l'espérance et le soutien. C'est pourquoi elles ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude (3). Faites à la famille plutôt qu'à une personne, elles ne sauraient s'écrouler pour une

(1) Art. 1081 et suiv.
(2) Coquille, quest. 17, 102 et 149.
(3) Art. 959, C. civ.

faute accidentelle dont la famille n'est pas solidaire; au lieu que les donations d'époux à époux sont révocables pour cause d'ingratitude (1). Le motif qui les a déterminées, bien que n'étant pas étranger à l'esprit et à l'avenir de la famille, se concentre davantage dans la personne. Et comme la révocation pour cause d'ingratitude ne les enlève pas à la famille et aux enfants, il n'y a pas de faveur assez puissante pour en conserver le bénéfice à un époux ingrat. Ceci est maintenant un point acquis à la jurisprudence; il a fallu bien des tiraillements avant d'arriver à ce résultat si simple et si moral. La première jurisprudence de la Cour de cassation, dominée par une interprétation trop textuelle de l'art. 959 du Code civil, avait décidé que l'ingratitude n'est pas une cause de révocation des donations entre époux. Mais une louable résistance ayant porté la question devant les sections réunies en audience solennelle, cette erreur, trop longtemps accréditée, a été vaincue. Je me félicite d'avoir été du nombre de ceux qui ont contribué à ce résultat, également commandé par la complète intelligence de la loi, par la justice, la décence et la morale.

13. De ces considérations générales il résulte que le contrat de mariage, pour mettre d'accord les convenances personnelles et les convenances d'intérêts, se prête aux combinaisons les plus variées. On y mêle des donations, des conventions de communauté ou de société, des mandats, des pactes de séparation, des

---

(1) Arg. de l'art. 1518.

pactes aléatoires, des contrats de sûreté, des contrats de bienfaisance et des contrats intéressés, etc., etc. Tout ce qui peut établir entre les époux des rapports de bonne harmonie, tout ce qui contribue honnêtement à leur union durable et à leur progrès; tout ce qui excite en eux l'esprit de conservation, l'émulation dans le travail, le goût de l'économie et le besoin d'acquérir ; tout ce qui accommode le gouvernement de leur fortune, à leur caractère et à leur situation ; tout ce qui tend à les dégager d'entraves trop difficiles pour le développement de leur bien-être; tout ce qui sert de garantie contre la dissipation, les erreurs et une administration mauvaise, etc., etc. ; tout cela trouve place dans le contrat de mariage. Un contrat qui embrasse le présent et tout un avenir incertain, doit pouvoir se plier à bien des nécessités diverses et à de nombreuses prévisions : on y trouve les affections du cœur, et à côté de ces affections, les calculs de l'intérêt; on y voit la confiance qui unit les personnes et la défiance qui sépare les fortunes. Les contrastes abondent dans le contrat de mariage, parce qu'il se place en regard du contraste des événements de la vie. Mais ne l'oublions pas : si l'affection qui préside au mariage ne doit pas être imprévoyante, il ne faut pas non plus qu'elle soit si froide qu'elle consente à s'obscurcir devant l'intérêt. Le contrat de mariage, qui est le pacte des intérêts, ne saurait dominer, sans de graves dangers, le mariage qui engage les cœurs. Il faut un juste équilibre de ces deux contrats ; il faut appuyer la durée des sentiments sur la solidité de l'intérêt ; il faut diriger l'intérêt par l'affection.

14. Si l'on compare le contrat de mariage aux autres contrats, on remarque qu'il se distingue entre tous par des priviléges considérables (1), priviléges commandés par la nature des choses, par la situation des parties, par l'intérêt public. Que ces priviléges soient une extension ou une restriction du droit commun, toujours ils sont l'ouvrage d'une loi favorable et protectrice. Quand les articles 947 et 1087 exemptent les donations, par contrat de mariage, de certaines conditions rigoureuses, requises pour les donations ordinaires, il est évident que c'est pour favoriser les mariages que le législateur s'est relâché des formes accoutumées.

15. Il en est de même dans les solennités spéciales auxquelles le contrat de mariage est assujetti (2). L'ordre public est si intéressé au mariage, c'est-à-dire à la conservation des familles et au développement de la population, qu'il ne pourrait pas permettre de livrer à des preuves fugitives ce contrat important. Nul ne demande plus de certitude, de publicité et de solennité; il n'est pas seulement une règle pour les deux familles qui s'unissent et pour la famille nouvelle qui va sortir de cette union; il est encore une loi pour les tiers et la base du crédit des futurs époux.

16. Il n'est pas jusqu'aux gênes qui, au milieu de la liberté du contrat de mariage, viennent quel-

(1) *Infrà*, n° 47.
(2) Art. 1394.

quefois contenir la puissance de la volonté, qui n'attestent la constante et prévoyante faveur de la loi.

D'après le droit commun, la volonté peut défaire l'œuvre qu'il lui a plu de créer. Ici la volonté des époux est impuissante pour dissoudre ou modifier le contrat qui a présidé à l'union conjugale. Il y a entre eux un lien supérieur à tous les changements d'une volonté ambulatoire. C'est un pacte de famille qui, une fois constitué, n'appartient plus à ceux de qui il émane; il est la loi de l'avenir, et comme je le disais tout à l'heure, la charte (1) du foyer domestique. Il participe de l'immutabilité du mariage lui-même, et exclut le repentir comme le mariage exclut le divorce (2).

17. Entre les époux, d'ailleurs, règne une incapacité relative, de tous temps justifiée par les égarements de l'affection et la crainte des influences abusives (3). Avant le mariage, les époux, conseillés par leurs proches, sont plus dépendants de leur propre famille et plus disposés à défendre leur intérêt distinct. Après le mariage, il n'en est plus de même: les époux ne forment qu'une seule et même personne et ne représentent qu'une seule et même volonté. La famille nouvelle dont ils sont le principe, s'élève plus haut dans leur pensée, que la famille dont ils sont issus, et l'exagération de ce sentiment

---

(1) *Suprà*, n° 1.
(2) *Infrà*, n°s 171 et 202.
(3) 9 et 202.

peut les entraîner dans des changements imprudents ou dans des sacrifices ruineux. Le mari a l'autorité, la femme la séduction ; l'un règne par le commandement, l'autre par les caresses. C'est une alternative incessante de concessions, quand ce n'est pas une suite continuelle de faiblesses. La liberté des contrats n'existe pas dans cette chaîne du mariage, chaîne fortunée ou chaîne douloureuse, qui a ses jours sereins ou ses jours d'amertume, mais qui n'a pas un seul moment de cette pleine indépendance qui ne compte qu'avec soi-même, et n'obéit qu'à sa seule inspiration.

18. Enfin quelle preuve plus éclatante peut-on donner de la faveur dont le contrat de mariage jouit auprès du législateur, que le soin qu'il a pris de ne pas permettre qu'il existe un mariage sans un contrat exprès, ou tacite et légal, qui règle les intérêts des époux?

L'ordre public voit tant d'avantages dans cet accord des époux sur les conditions civiles de leur association, qu'il fait intervenir la loi pour suppléer au silence de ceux qui n'ont pas rendu publiques les conditions de leur union. Il y a un régime légal pour les époux qui se marient sans contrat ; ils sont censés s'y être soumis de plein droit au moment du mariage, et avoir voulu s'en appliquer les dispositions. C'est ici un de ces cas rares, mais nécessaires, où il est bon que le législateur, pénétrant dans le sanctuaire de la volonté, interprète les intentions de ceux qui se taisent, et déclare ce qu'ils ont pensé, ce qu'ils ont voulu, ce qu'ils auraient exprimé s'ils avaient fait la

manifestation de leurs accords ; en sorte qu'on peut dire aujourd'hui ce qu'ont dit les Pères d'un ancien concile : *Nullum sine dote fit conjugium;* ce qui ne signifie pas qu'un mariage sans argent ne peut valoir. Il y a toujours eu des mariages qui se sont faits *sans bailler argent pour soutenir les frais de société* (1) ; mais, du moins, faut-il que les intérêts présents ou futurs des époux soient assujettis à une loi certaine.

19. Quelle serait, en effet, la situation des conjoints dont le mariage ne serait pas accompagné d'un contrat ? Ils seraient séparés de biens, et chacun d'eux conserverait la propriété et l'administration de son avoir, les produits de son industrie et le bénéfice de ses acquisitions. Telle était la règle à Rome (2). La séparation de biens y était la conséquence forcée de l'absence de contrat. Mais la séparation des intérêts civils est-elle la condition naturelle de ceux qui ont uni leurs personnes dans l'affection la plus profonde et dans l'association la plus intime ? N'est-il pas contradictoire de voir deux époux qui partagent le lit, la table et le foyer (3), n'avoir que des intérêts parallèles et étrangers à toute

---

(1) Servin, *Plaidoyers*, liv. 3, chap. 101.

(2) Theod. et Valent., l. 8, C. *de Pactis conventis*.
Arg. de la loi 11, § 15, D., *ad Senat. C. Syllanianum*.
Infrà, n° 23.

(3) Modest., l. 1, D., *De ritu nuptiar.*
Loisel, liv. 1, t. 2, n° 6.

Boire, manger, coucher ensemble,
Est mariage, ce me semble.

fusion (1)? Évidemment, si l'on se pénètre bien de la pensée qui préside au mariage, si l'on n'oublie pas cette vie commune qui en est la conséquence obligée, cette société de deux existences si bien appelée par la loi romaine elle-même, *societas vitæ* (2), on arrive à reconnaître que la séparation des intérêts ne saurait être qu'un accident dans le mariage ; elle ne doit pas en être l'état normal et la règle naturelle : à part quelques circonstances exceptionnelles, il est contradictoire de créer une vie commune et d'en exclure toute communauté d'intérêts. Le droit romain n'était donc pas dans le vrai, en ne laissant pas de milieu entre l'alternative d'un contrat exprès ou de la séparation des biens. Les peuples modernes sont entrés dans une voie plus raisonnable et plus chrétienne, en supposant que les époux qui ont gardé le silence sur leurs pactes matrimoniaux, ont entendu confondre leurs intérêts par une communauté de biens mesurée dans une sage proportion et conforme au sentiment qui a cimenté l'union de leurs personnes.

20. Il est vrai qu'à Rome, le vice de la situation

---

(1) Gregorius Tholosanus dit très-bien : « Societas bonorum inest matrimoniali conjunctioni. » (*Synt. juris*, lib. 27, cap. 4, n° 7).

Wesel dit aussi : « A commixtione personarum, commixtionem bonorum, et commixtam domum, et familiam, Cortracenses, Bellences, intulerunt. » (*De connub. bonor. societat.*, tract. 1, n° 24. Voyez aussi n° 115.)

(2) L. 52, D., *De re judicat.*

faite aux époux par ce système contre nature, pouvait être corrigé par des accords intervenus après la célébration du mariage. Mais nous avons vu tout à l'heure le danger de ces pactes tardifs (1); le droit romain, en les autorisant, tombait dans un défaut de connaissance du cœur humain, après être tombé dans l'oubli des affections conjugales.

21. Le mariage ne reste donc jamais chez nous sans une règle assignée aux intérêts civils. Si cette règle n'est pas conventionnelle, elle est légale. La volonté non exprimée est présumée s'en être référée à la règle légale, et cette règle légale, c'est le régime de la communauté; régime fondé à l'image du mariage lui-même, lequel, d'après la belle définition de Justinien, est : *Viri et mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens* (2).

Quelques auteurs ont pensé que pour expliquer cette autorité de la communauté légale consacrée par notre article, il n'est pas nécessaire de lui donner pour support la volonté présumée des parties (3). La loi, disent-ils, oblige comme loi; elle n'a pas besoin d'être fortifiée par la fiction d'une convention tacite. La loi, expression de la volonté générale, n'est-elle pas au-dessus de la volonté de deux particuliers?

---

(1) *Infrà*, nos 16 et 17.

(2) *De patriâ potest*, § 1. *Junge Modest.*, l. 1, D., *De ritu nuptiar.*

V. Pothier, n° 1. *Infrà*, n° 85.

(3) M. Odier, t. 1, n° 37, et la *Thémis*, t. 8, p. 105.

Dumoulin (1), Lebrun (2) et Pothier (3) ont depuis longtemps répondu à ces scrupules. Quoique la communauté soit légale, ce n'est pas la loi qui en est la cause immédiate; elle n'est pas formée, comme le dit Dumoulin, *vi ipsius consuetudinis, immediatè et in se;* la cause immédiate qui produit cette communauté, est une convention, laquelle n'est pas, à la vérité, expresse et formelle, mais qui est virtuelle et implicite. Les parties en se mariant sont censées être tacitement convenues d'une communauté de biens, telle qu'elle a lieu d'après la loi qui préside à leur mariage : *in contractibus tacitè veniunt ea quæ sunt moris et consuetudinis* (4).

22. Ne voit-on pas d'ailleurs que la volonté est inséparable de la communauté légale? Sur quelle base la loi s'est-elle fixée pour faire, de la communauté, le régime légal des parties mariées sans contrat? D'une part, sur l'usage le plus général; de l'autre, sur le sentiment présumé dominant dans le cœur de ceux qui ont contracté une société de toute la vie. C'est donc la volonté qui explique et légitime la loi; c'est aussi la volonté qui autorise son exécution. Les parties auraient pu adopter un autre système et préférer d'autres combinaisons; elles ne l'ont pas fait, et

(1) Conseil, 53.
(2) Chap. 2, n° 1.
(3) Communauté, n° 10.
Voyez M. Félix, *Droit international.* Il cite beaucoup d'autres auteurs.
(4) L. 31, § 20, *De œdilit. edicto.*

pourquoi ? N'est-ce pas parce que le régime de la loi leur a semblé meilleur et plus conforme à leur situation ? Donc, avant et après, la volonté se trouve toujours dans la communauté légale (1), et c'est avec grande raison que Dumoulin a dit : *Quando consuetudo inest contracti, non inest tanquam lex publica, sive tanquam jus ipsum consuetudinarium, nec per modum legis, consuetudinis, vel statuti juris publici; sed tanquam pars contractûs,* ET LEX PRIVATA ET CONVENTIONALIS, A CONTRAHENTIBUS VOLITA, INDUCTA ET DISPOSITA. *Patet, tum quia non inesset, nisi contrahentibus placeret; quia possent aliter liberè disponere,* etc., etc. (2).

De quoi s'agit-il d'ailleurs ? du plus grand acte de la vie civile, de l'acte qui exige le plus de maturité, de réflexion, de prudence. Et l'on voudrait que les époux, en se mariant, eussent été sans prévoyance sur l'arrangement de leurs affaires, qu'ils eussent abandonné leurs intérêts à l'oubli et au hasard, et qu'ils n'eussent pas adopté la communauté légale par un effet de leur volonté sérieuse et éclairée (3) ! Non, évidemment non. S'ils n'ont pas fait de contrat, c'est qu'ils n'avaient pas besoin d'en faire; c'est qu'ils ont voulu éviter des frais (4); c'est qu'ils ont cru inutile de parler, alors que la loi a sagement

---

(1) *Junge* MM. Champ et Rigault, t. 6, n° 4.
M. Toullier, t. 12, n° 87.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 289.
V. *infrà*, n°s 301, 433 et 2212.

(2) *Loc. cit.*, n° 4.

(3) Boullenois, t. 1, p. 768 et 769.

(4) M. Portalis (Fenet, t. 13, p. 527).

parlé pour eux ; c'est qu'ils ont suivi le prudent conseil de Montaigne, de s'en rapporter à l'usage du pays « et de *ne pas s'écarter de la commune et légitime ordonnance* ; car les loys ont mieulx pensé que nous, et vaut mieulx les laisser faillir en leur élection, que de nous hasarder à faillir téméraireinent en la nostre (1). »

23. Cette théorie de Dumoulin avait dans l'ancien droit une grande importance ; elle servait à résoudre la fameuse question statutaire, consistant à savoir si les époux qui se mariaient sans contrat, sous l'empire de la coutume de Paris, étaient communs en biens, non-seulement dans l'enclave de cette coutume, mais encore partout où ils possédaient des biens. Dès l'instant qu'on admettait que la coutume opérait *non in vim legis sed in vim pacti*, dès l'instant que la coutume devenait une convention entre les parties, la communauté avait une extension illimitée ; elle franchissait les bornes du territoire parisien, et embrassait les biens situés dans le ressort des coutumes où la communauté n'était pas pratiquée (2).

24. D'Argentré s'éleva contre la doctrine de Dumoulin (3), et tout en rendant hommage à l'éminent génie et au savoir incomparable de ce juris-

(1) *Essais*, liv. 2, chap. 8.

(2) *Infrà*, n° 83.

(3) Sur Bretagne, art. 218, glose 6, n° 33.

consulte (1), il crut pouvoir nier l'existence de cette convention tacite; il ne vit là-dedans qu'une chimère et une subtilité d'esprit (2). « Si un autre que » Dumoulin, dit-il, eût avancé cela, je l'accuserais » de vouloir profiter de ses avantages pour enseigner une erreur volontaire. »

Mais la jurisprudence française a condamné d'Argentré (3); et les efforts de Froland (4) pour rajeunir l'opposition du jurisconsulte breton, sont restés impuissants. Le parlement de Paris était tellement ferme dans la jurisprudence favorable au pacte tacite de communauté, qu'elle ne trouvait plus de contradicteurs (5).

25. Je n'ignore pas que dans le Brabant, ces idées étaient combattues par les arrêts. Malgré Stockmans, partisan déclaré de la théorie de Dumoulin (6), on écartait la convention tacite pour laisser à la coutume une force statutaire pure et simple,

---

(1) *Præstanti vir ingenio et eruditione incomparabili.*

(2) *Mirificum illud Molinæi acumen.*

Hâc grandiloquentiâ etiamsi Molinæus personat, tamen apertè non est verum quod dicit.

(3) Boullenois, *des Statuts réels et personnels*, t. 2, chap. 5, observ. 29, p. 767. Il cite les arrêts.

Junge Bacquet, *Droits de justice*, chap. 21, n[os] 66 et 67.

Louet et Brodeau, lettre C, n[os] 15, 16 et 30.

Lamoignon, *de la Communauté*, n[os] 2 et 25.

(4) T. 1, p. 316.

(5) M. Merlin, Répert., v° *Communauté*, § 1, col. 1, et Quest. de droit, v° *Féodalité*, § 3, p. 215.

Gabriel, *Observations* sur la cout. de Metz, t. 2, p. 568.

(6) § 50.

renfermée dans les limites du territoire (1); d'où il suit qu'il y avait autant de statuts matrimoniaux divers pour un même mariage, qu'il y avait de coutumes diverses régissant les biens des époux. On ne peut rien imaginer de plus contraire à la volonté raisonnable des époux, et à la préférence qu'ils donnent nécessairement au régime du domicile matrimonial sur tous les autres régimes qui s'en écartent; car cette préférence est incompatible avec le mélange bizarre imaginé par les tribunaux de Brabant. Ne nous étonnons pas qu'une telle manière de voir ait eu la réprobation constante du parlement de Paris.

26. A l'appui de cette jurisprudence étrangère, on cite une consultation, autrefois très-célèbre, de Vander-Muelen, analysée par Boullenois, et après lui, par M. Merlin. Voyons les raisonnements de ce légiste.

Pour feindre une convention tacite, il faudrait que cette convention prît naissance dans l'acte même de célébration du mariage, qu'elle y fût renfermée, et qu'un pareil acte fût propre et disposé à la produire et à l'exprimer. Mais il n'en est rien : la célébration du mariage n'est, de sa nature, qu'une société de cœurs et de personnes; elle ne renferme pas en elle-même une convention tacite d'être en société de biens.

S'il n'y avait pas une loi spéciale sur les biens,

---

(1) Boullenois, *loc. cit.*
M. Merlin, *loc. cit.*, p. 553.

la célébration laisserait les époux séparés d'intérêt. La loi est donc la cause efficiente, principale, immédiate, d'où dérive la communauté de biens. C'est elle qui, de sa propre autorité et vertu, rend les biens communs; elle n'a pas besoin d'une autre puissance qui l'aide et augmente ses forces; elle renferme en elle-même tout ce qu'il faut pour produire cette communauté.

Il est vrai qu'il faut qu'il y ait un mariage qui précède : mais il pourrait y avoir mariage sans communauté s'il n'y avait pas de loi; y ayant une loi, il y a communauté dès qu'il y a mariage. Ainsi, le mariage ne produit pas la communauté; c'est la loi seule qui lui donne la force et l'existence.

27. Cette argumentation n'est pas un abîme de profondeur.

Qu'importe que ce soit la loi qui ait attaché la communauté à la célébration du mariage? n'est-il pas vrai que les époux avaient le droit d'user de la liberté dont jouit le contrat de mariage, pour mettre à la place du régime légal un régime conventionnel différent? Pourquoi n'ont-ils pas fait un contrat dérogatoire? N'est-ce pas parce qu'ils ont pensé, nécessairement et certainement pensé, que la communauté légale était dans leur meilleur intérêt? Ils ont donc ratifié par une intention réfléchie la disposition de la loi. Leur volonté s'est donc mêlée à la célébration. Elle s'y est mêlée pour introduire dans leur union un régime qu'elles auraient pu rejeter, mais qu'un examen réfléchi leur a fait accepter comme bon. Il y a donc eu, entre elles, accord tacite,

convenance réciproque, sur ce régime légal auquel elles ont assigné la préférence. C'est dire assez qu'il y a eu un pacte volontaire, qui, pour n'être pas exprès, n'en est pas moins certain. Les articles 1156 et 1160 du Code civil veulent qu'on le sous-entende dans le contrat solennel qui a engagé les personnes et dont il est ici un accessoire obligé.

Qu'ont fait les époux en se mariant? Ils ont contracté une société : c'est là le point essentiel, la base de tout ce qui viendra plus tard. Après cela, que cette société soit régie de telle ou telle manière, qu'elle soit administrée dans tel ou tel système, ce n'est qu'un point secondaire, malgré son importance. Et je dis que ce point secondaire trouve sa règle dans l'intention présumée des parties et dans l'adhésion tacite qu'elles ont donnée aux combinaisons de la loi.

D'ailleurs, sur quoi s'est fondée la loi pour décréter la communauté légale? Est-ce sur une combinaison artificielle? nullement. Elle a vu que ceux qui se marient sans contrat, ont coutume de laisser régner entre eux une communauté de fait. Elle a vu cet usage se perdre dans la nuit des temps; et là, dans ce lointain horizon, la communauté de fait a semblé environnée d'un si haut degré d'autorité, que les anciennes coutumes françaises l'avaient consacrée comme étant de droit commun. La loi est donc partie de la volonté privée pour édicter la communauté légale; la volonté ne fait que retourner vers sa source en s'en rapportant à la loi.

Ainsi donc Dumoulin et la jurisprudence du parlement de Paris restent triomphants aux yeux de la raison et de la vérité. Nous verrons d'ailleurs que

l'article 1496 est fondé sur cette doctrine (1). C'est à quoi on ne saurait faire trop d'attention.

28. Quelques auteurs ont essayé de restreindre la théorie de Dumoulin au cas où il s'agit des biens acquis pendant le mariage. Leur motif est que la société d'acquêts naît d'une collaboration commune plutôt que du contrat de mariage ; ils l'admettent dès lors comme un résultat nécessaire de la position respective des époux ; ils consentent à ce qu'elle s'étende partout. Mais ils font difficulté d'adopter pour le surplus l'extension des principes de Dumoulin (2).

29. Cette distinction, puisée dans la dissertation de Vander-Muelen, et arrachée à cet écrivain par la puissance de l'évidence, n'est pas bonne. Si, comme le dit Vander-Muelen, le mariage sans contrat n'entraîne qu'une simple union des personnes, il s'ensuit qu'en cet état, il y a entre les époux une séparation de biens, et que chacun travaille par devers soi à sa fortune personnelle, la collaboration n'étant pas une nécessité du mariage. Que si c'est la loi qui, par sa puissance, rend les acquêts communs, cette loi ne peut commander qu'aux biens qui lui sont soumis. Il y aura partage ici, droit exclusif là, suivant la loi de la situation (3). On ne voit donc pas pourquoi on ferait cette concession à la doctrine de Dumoulin. Si cette doctrine est bonne, il faut l'adopter dans sa

---

(1) *Infrà*, n° 2212.

(2) M. Merlin, Répert., v° *Communauté, loc. cit.* Et Quest. de droit, v° *Féodalité*, § 3, 216.

(3) Boullenois, *loc. cit.*, p. 766.

plénitude ; si elle est mauvaise, elle ne peut être sauvée partiellement par des biais illogiques.

30. Mais, dit M. Merlin, voyez où vous arriverez si vous donnez à la doctrine de Dumoulin toute l'étendue d'un principe : vous direz donc que le douaire coutumier, fixé par la loi du domicile matrimonial, s'étend à tous les biens, même aux biens situés sous l'empire de coutumes différentes ; vous deciderez donc par la coutume du domicile matrimonial si la femme doit avoir un douaire ou si elle n'en doit pas avoir. Il y a plus : si un homme meurt *ab intestat*, la loi de son domicile sera regardée comme un testament tacite qui devra dominer partout, parce qu'aux termes de la loi 8, § 1, D, *de jure codicillorum*, celui-là est censé donner ses biens à ses héritiers légitimes qui n'en dispose pas à leur préjudice (1).

Ces objections sont-elles bien sérieuses?

31. Ne comparons pas le douaire coutumier à la communauté légale. Le douaire est un présent de la loi ; on ne le tient que de la loi qui régit les immeubles (2). Il n'est pas une donation du mari, ou un effet de sa volonté libérale ; c'est une récompense attribuée à la femme par la coutume sans qu'il y prenne part (3). Le douaire n'est donc qu'un droit réel, qui dépend de la loi de la situation (4).

---

(1) Ce dernier argument a été répété dans la *Thémis*, t. 8, p. 105.

(2) Boullenois, t. 2, p. 220.

(3) M. Merlin, Répert., v° *Douaire*, § 1.

(4) Louet, lettre D, somm. 44.
Lebrun, liv. 1, chap. 2, n° 39.

32. Quant au testament tacite, ceci ressemble plutôt à une ingénieuse plaisanterie qu'à une véritable objection. On ne fait pas de testament tacite ; au contraire, on contracte tacitement. Ce n'est pas par l'intention présumée du défunt qu'on règle sa succession ; c'est, au contraire, par l'intention des parties qu'on règle les matières conventionnelles.

Ce n'est pas tout.

La mort surprend un homme au milieu de ses plaisirs et de ses distractions, sans qu'il ait quelquefois pensé sérieusement à ce qui lui survivra ; il est même possible que, dans son intime conscience, il ait arrêté les bases d'un testament qui aurait dérogé à la succession *ab intestat* : et toutefois la succession *ab intestat* ne dominera pas moins après son décès ; elle est la règle des biens, soit qu'on n'y ait pas songé, soit même qu'on ait formé le dessein de la contrarier. Ne disons donc pas qu'elle est un testament tacite. Un testament n'a jamais lieu sans volonté certaine ; ici, la volonté n'a pas besoin de coïncider avec la succession *ab intestat* pour qu'elle s'empare des biens.

Mais quelle différence dans la position qui nous occupe ! Un mariage est solennellement contracté ; est-ce que l'on peut supposer que les époux ont laissé dans l'oubli leurs intérêts civils, bien qu'ils n'en aient pas parlé ? Est-ce que ces intérêts n'ont pas été le sujet d'une sérieuse préoccupation ? Est-ce qu'il n'est pas clair que s'ils n'ont pas fait de contrat, c'est qu'ils ont voulu adhérer aux dispositions de la loi ?

C'en est assez sur cette question : résolue par les plus respectables précédents de la jurisprudence

française, elle ne saurait être réveillée de nos jours sans renverser l'ouvrage du passé et de nos plus grands maîtres.

35. Maintenant que conclure de là? Voici le côté pratique de cette discussion.

Nous l'avons dit : lorsque les parties n'ont pas fait de contrat de mariage, c'est la loi qui régit leur association ; les époux sont censés avoir adopté le régime de la communauté, régime du droit commun, né de l'usage et d'une pratique immémoriale de la communauté tacite ; régime qui, après avoir été coutumier, est devenu légal, et qui l'emporte sur tous les autres par la préférence du législateur. Mais cette loi, qui prête aux époux l'intention de vivre en communauté, n'est faite que pour la France ; elle n'est pas généralement admise dans les pays avec lesquels les Français ont le plus de rapports commerciaux. Qu'arriverait-il donc si le mariage a lieu en pays étranger, c'est-à-dire sur un territoire auquel la loi française n'aboutit pas? Étendra-t-on la loi française à cet acte passé hors de France?

Non, si la loi n'agit que comme loi, car sa puissance territoriale expire aux limites de la France. Mais si l'on admet avec nous que la loi opère ici, *non per modum legis, sed tanquam pars contractûs, à contrahentibus volita, inducta et disposita* (1), alors on comprend à merveille que l'intention des Français qui, bien que se mariant à l'étranger, veulent rester Français et rentrer en France, s'interprète en faveur de

(1) *Suprà*, n° 22.

la communauté légale, aussi bien que s'ils se fussent mariés en France. Tout fait pencher la balance du côté du régime légal français, les préférences nationales, et si l'on veut même, les préjugés de naissance et d'habitude, l'esprit de retour et l'attachement aux mœurs de son pays. Il n'est pas besoin de rechercher si la loi qui établit la communauté, forme un statut réel ou un statut personnel. Ce serait compliquer, par une question très-difficile, une question très-simple en elle-même (1). L'intention présumée, si naturelle et si forte, cette intention présumée, démontrée par Dumoulin et admise dans la jurisprudence française, lève toutes les objections et répond à tous les scrupules. Ce n'est pas la puissance territoriale de la loi qui agit, c'est l'autorité de la convention tacite qui fait loi (2).

Il est donc constant que, lorsque des Français se marient en pays étranger sans faire de contrat, ils sont communs de plein droit. La loi française régit leur association conjugale; car elle est celle de leur domicile et du centre de leurs affections; ils sont censés avoir voulu se soumettre à cette loi, plus chère à

---

(1) V. en effet Boullenois, *Traité des Statuts*, t. 1, p. 750. Il convient que les opinions sont partagées.
V. aussi ses *Questions mixtes*, quest. 19, p. 348.
Cassat., 29 juin 1842, aff. Senneville. (Devill., 42, 1, 975.)
25 janvier 1843 (Devill., 43, 1, 247).
7 février 1843 (Devill., 43, 1, 282).

(2) V. dans M. Félix, *Droit international*, n° 66, les nombreux auteurs français et étrangers qui sont de cette opinion, et se décident pour la convention tacite.

leur cœur que toutes les autres (1). On ne pourrait faire prévaloir la loi étrangère qu'autant qu'il serait bien certain, d'après les circonstances, que les époux ont voulu fixer leur domicile matrimonial à l'étranger (2). Mais cette pensée n'est pas facilement admissible ; il faut de graves raisons pour s'y arrêter.

Il en est de même si un Français épouse en pays étranger, sans faire de contrat, une femme étrangère (3) : le domicile conjugal n'est pas naturellement au lieu où se fait le mariage ; il est plutôt en France ; dès lors, l'intention présumée des parties est qu'elles se sont référées à cette loi, destinée à les gouverner pour le temps de leur vie.

Tout en convenant de l'incontestable existence de cette jurisprudence, M. Odier la trouve, en droit, *parfaitement injustifiable* (4) ; il la signale comme contraire à l'indépendance de la souveraineté, au principe de droit public qui ne veut pas qu'une loi étrangère ait aucune force sur le territoire

(1) Boullenois, *loc. cit.*

Arrêts du parlement de Paris des 8 août 1718 et 7 mai 1746.

Cassat., 29 juin 1842 (Devill., 42, 1, 975).

25 janvier 1843 (Devill., 43, 1, 247).

7 février 1843 (Devill., 43, 2, 282).

(2) Cassat., 29 décembre 1836 (Devill., 37, 1, 438 et 439).

(3) Colmar, 25 janvier 1823 (Dalloz, 24, 2, 37).

Et Cassat., 23 août 1826 (Dalloz, 27, 1, 8).

(4) Tome 1, n° 48. Si j'osais faire une remarque de puriste, moi qui ne le suis pas, je dirais que ces mots *parfaitement injustifiables* hurlent de se trouver ensemble. Comment est-il possible que l'adverbe *parfaitement* s'applique, dans la bonne logique du langage, à quelque chose de vicieux ? Je

sans la sanction expresse du souverain. Cependant, en fait, il consent à l'admettre par des raisons d'utilité réciproque, et parce que l'usage généralement reçu semble l'autoriser. Dans notre opinion, ces scrupules de l'estimable et savant M. Odier s'évanouissent d'eux-mêmes, et nous n'avons pas besoin surtout de nous sauver par le biais qu'il imagine, et que nous avons, du reste, assez de peine à goûter. Pénétré de l'idée qu'une convention tacite a présidé à l'union des époux, je ne vois dans ceci qu'une question de volonté privée, sans aucun conflit avec la puissance nationale. Les conventions sont libres ; c'est une convention libre, honnête, dont l'existence est révélée et constatée par les faits au milieu desquels le mariage est célébré.

34. Voici maintenant un second point de vue qui nous ramène au côté pratique de la question du contrat tacite.

---

sais que l'adverbe *parfaitement* a pris depuis quelque temps une grande faveur ;

Chaque adverbe à son tour a brillé sur la terre.

Autrefois, et du temps des *précieuses ridicules*, c'était l'adverbe *furieusement* qui était à la mode. Aujourd'hui le *parfaitement* est en grande vogue, et nous l'entendons prendre place à tout propos dans la conversation des gens qui s'imaginent qu'il est de bon ton de le prodiguer, depuis qu'un grand orateur politique du temps de la monarchie a employé avec trop d'abandon dans ses discours, ce fameux adverbe *parfaitement*, chéri de l'autre côté du détroit. Ils vous disent donc : C'est *parfaitement déraisonnable*, c'est *parfaitement mauvais.* C'est comme s'ils disaient : C'est *parfaitement imparfait.*

Supposons que deux personnes se soient mariées à Paris sans contrat, et que l'une d'elles ait, en Italie, des meubles, et qu'elle y fasse des acquêts : ces meubles et ces acquêts tomberont dans la communauté, dépendante du mariage fait sous la loi française. Peu importe que le régime de la communauté n'existe pas en Italie ; les parties ont adopté le régime de la communauté légale, et cette volonté ne s'arrête pas aux limites du territoire français (1).

Il n'en serait autrement qu'autant que la loi du pays étranger serait exclusive de la communauté, et défendrait aux parties de déroger à cette exclusion. C'est ainsi que jadis la coutume de Normandie, après avoir fixé la part des femmes, dans la société d'acquêts, à l'usufruit du tiers des immeubles normands achetés pendant le mariage, décidait (2) que nul accord, nulle convention matrimoniale, ne pouvait augmenter cette part donnée par la coutume, à laquelle il n'était pas permis de déroger (3). Aussi la femme parisienne mariée en communauté n'avait-elle dans les acquêts normands, que la part fixée par la coutume de Normandie, et non la part fixée, soit par la coutume de Paris, soit par ses conventions matrimoniales (4).

C'est ainsi encore qu'il a été jugé que, lorsque les

---

(1) *Infrà*, n° 88.

(2) Art. 330.

(3) Lebrun, liv. 1, chap. 1, n° 3.

(4) Arrêt de Rouen du 17 février 1827. Confirmé par la section des requêtes le 4 mars 1829 (Dalloz., 29, 1, 166 et 167).

Brodeau sur Louet, lettre C, § 3.

Infrà, n°s 82 et suiv.

époux avaient été mariés à Paris sous le régime conventionnel de la communauté, les successions maternelles et paternelles qui étaient échues à la femme en Normandie, et faisaient partie de la dot déclarée inaliénable par le statut normand, ne pouvaient être aliénées par les époux (1).

35. Maintenant revenons sur cette idée, que la communauté rentre dans les conditions naturelles du mariage ; demandons-nous si le Code civil a fait sagement, en l'élevant à l'état de régime légal de l'association conjugale.

Cette question fut amplement débattue au conseil d'État ; le droit écrit et le droit coutumier s'y trouvaient représentés par les hommes les plus éminents. Chacun avait ses prédilections et ses défaveurs : il était difficile de s'accorder. Le droit romain était la loi la plus respectée dans les pays de droit écrit ; on le mettait à un degré d'honneur et d'autorité bien au-dessus des simples coutumes. Or, le droit romain, se façonnant aux nécessités du mariage païen, avait adopté le régime dotal ; régime qui dominait dans les habitudes de l'Italie et des peuples romanisés. En dehors de la dot, les époux étaient séparés d'intérêt (2).

36. On voit cependant par la loi 16, § 3, D., *de alim. et cib. legat.* (3), que quelquefois les époux contractaient entre eux une communauté de tous biens : « Qui societatem omnium bonorum suorum cum

(1) Cass., req., 11 janvier 1831 (Dalloz, 31, 1, 51).
(2) *Suprà*, n° 6.
(3) Tiré des ouvrages de Scévola.

» uxore suâ, per annos ampliùs quadraginta habuit,
» testamento eamdem uxorem et nepotem ex filio,
» æquis partibus hæredes instituit. » Mais ces associations n'ont jamais eu un caractère de généralité ; ce sont des accidents trop rares pour que le droit romain en ait fait l'objet d'une étude spéciale et la matière d'un système de régime matrimonial.

37. Les provinces françaises régies par le droit écrit, ne connaissaient donc pas la communauté légale (1). Là régnait le régime dotal dans toute sa hauteur ; il s'y défendait par des considérations puissantes (2). Ce régime donne de grandes sûretés à la femme, et augmente le pouvoir du mari. C'est le mari qui travaille, qui agit, qui soutient la fortune des conjoints : c'est lui qui doit profiter de ce labeur ; son industrie ne doit enrichir que lui-même. C'est assez que l'épouse ait l'usage de cette heureuse abondance ; elle ne contribue qu'à en régler l'usage : l'usage doit lui suffire. L'acquisition au profit du mari stimule sa vigilance et son industrie ; l'usage des acquêts par la femme excite son économie. Mais la propriété des acquêts ne saurait lui appartenir. Si elle ne doit rien perdre, elle ne doit rien gagner. D'ailleurs, elle ne mérite pas de gagner, puisqu'elle n'a pas concouru par son travail à l'acquisition.

Voilà donc quels sont les titres du régime dotal aux

---

(1) Coquille, quest. 64.

« En la France, qui est gouvernée par le droict escrit des
» Romains, il n'y a communauté de biens entre homme et
» femme mariés. »

(2) Lebrun, chap. 1, nos 16, 17, 18.

yeux de ses défenseurs. Supériorité de l'homme, infériorité de la femme, protection conservatrice donnée à sa faiblesse, toute la philosophie de ce régime est dans ces trois idées.

38. Dans les pays coutumiers, c'était la communauté qui était le régime cher aux populations, et ce régime était si conforme aux usages et aux habitudes nationales, qu'il était le régime légal de ceux qui se mariaient sans conventions. — « Nos ancêtres, dit Coquille (1), ont introduit, par coutume, la communauté » d'entre gens mariés en meubles et conquêts, et est » vraisemblable que ç'a été pour rendre les femmes » plus soigneuses à conserver le bien de la maison, » quand elles savent y avoir part et profit, et afin que, » comme leur esprit et leur corps sont conjoints par » union excellente, ainsi leurs biens soient en union. » J'aime ce langage, j'aime les idées qu'il exprime; cette philosophie de l'égalité entre les époux me semble un grand progrès.

39. Au moment où un Code civil se préparait, la première question était de savoir si cette communauté légale, qui était attachée de plein droit à la célébration du mariage dans les pays coutumiers, devait être étendue aux pays de droit écrit, qui jusque-là ne l'avaient pas connue, et qui, dans l'absence de contrat, laissaient les époux dans l'état de séparation de biens (2). Ce n'était donc pas entre le

---

(1) Quest. 64.
(2) M. Malleville, t. 13, p. 528.
Suprà, n° 6.

régime dotal et la communauté qu'il fallait opter; c'était entre la communauté et la séparation. Le régime dotal, ouvrage de la convention, était, en lui-même, hors de cause dans une question où il ne s'agissait que de fixer l'état des parties qui n'avaient pas fait de convention.

40. Réduite à ces termes, la lutte n'était pas possible; la séparation est trop peu en harmonie avec les lois du mariage pour qu'on pût l'ériger en droit commun (1). Le mariage est une société de deux personnes. Qu'y a-t-il donc de plus naturel que de soumettre au régime de la société, les biens dont elles sont propriétaires? Est-ce que la vie commune n'a pas pour conséquence la mise en commun de leur industrie, la confusion de tout le mobilier, la communauté des épargnes, comme des acquêts faits en commun? La séparation des biens, produit de ce relâchement des mœurs qui avait succédé dans Rome païenne à l'antique dépendance des femmes, la séparation des biens n'était adoptée, à défaut de contrat, dans les pays de droit écrit, que par un respect superstitieux pour le droit romain. La communauté est bien mieux assortie à la nature du mariage: les époux opèrent en commun, mêlent et confondent leurs meubles, leurs travaux, et pourvoient également à l'éducation et à l'établissement des enfants (2). C'est surtout dans la classe pauvre, qui ne fait pas ordinairement de contrat de mariage, que la

---

(1) *Suprà*, n° 6.

(2) M. Treilhard (Fenet, t. 13, p. 529).

communauté est appropriée à la situation des époux : dans cette classe, la femme travaille activement ; par ses soins et ses travaux, elle contribue au bien-être commun, ou au soutien de la famille. Il convient donc de ne pas l'exclure des profits (1); il convient de l'intéresser au succès de l'union conjugale, et de l'admettre à y participer, à moins qu'il n'y ait d'autres conventions (2).

41. Malgré l'évidence de ces vérités, les conseillers d'État partisans du régime dotal combattirent avec force l'établissement de la communauté légale ; ils sentaient, en effet, que c'était un échec indirect pour le régime dotal, qui ne serait pas le droit territorial, et une victoire pour la communauté, qui allait s'étendre dans les provinces de droit écrit, et s'implanter à côté du régime dotal. M. Portalis, ami de la dotalité, proposait en conséquence ce qu'il appelait un système intermédiaire, qui aurait consisté à ne soumettre de plein droit les parties ni au système dotal, ni au système de la communauté, et à leur laisser le choix de la loi matrimoniale (3). « Il ne faut pas gêner la liberté, disait-il, si précieuse surtout en matière de mariage ; rien n'oblige à établir un droit commun qui donne aux époux un contrat de mariage, lorsqu'ils n'en ont pas voulu (4). L'importation de la communauté dans les pays de droit écrit, qui n'en

(1) M. Treilhard (Fenet, t. 13, p. 529 et 530).
(2) M. Bigot (Fenet, t. 13, p. 553).
(3) Fenet, t. 13, p. 526.
(4) Page 527.

ont pas l'habitude, serait une source de procès et de frais. »

Mais l'inflexible logique de M. Treilhard répondait : On veut donc faire de la non-communauté un droit commun (1) ? A qui persuaderait-on que la non-communauté soit le régime le mieux assorti à la nature du mariage ? Ne suffit-il pas qu'il soit permis d'exclure la communauté ?

A cela qu'y avait-il de bon à répliquer ?

Alors venait M. Malleville, qui demandait de partager la France en deux camps, c'est-à-dire de donner pour droit commun aux ci-devant pays coutumiers la communauté légale, et aux ci-devant pays de droit écrit, le système dotal (2). Mais cet avis désespéré annonce chez son auteur plus d'attachement à une vieille coutume, que de sens politique. La France nouvelle veut l'unité, la centralisation, la fusion des idées, des mœurs et du langage, l'uniformité des lois ; et M. Malleville proposait tout simplement la continuation de ces diversités de lois que le Code civil voulait faire disparaître (3), de cet antagonisme des provinces si contraire à notre heureuse et puissante centralisation.

42. Il fallut donc subir une défaite ; elle était nécessaire, elle était profitable aux intérêts publics : la routine seule pouvait s'en effrayer. Après quelques temporisations provoquées, suivant son usage, par

(1) Fenet, *loc. cit.*, pages 529, 530.

(2) Page 572.

(3) M. Cretet, p. 72.

M. Cambacérès (1), qui, du reste, ne se montra pas hostile à la communauté légale malgré son origine méridionale (2), le système de la communauté légale fut adopté par le conseil d'État (3). Il n'y avait rien de mieux à faire chez une nation où les époux sont des associés, et où le mariage chrétien confond les intérêts, après avoir uni les personnes. Je remarque, du reste, avec M. Tronchet, que de tous les tribunaux des anciens pays de droit écrit, un seul, le tribunal de Montpellier, réclama contre la disposition du projet de loi qui établissait la communauté légale; les autres avaient senti que la communauté légale est, je ne dirai pas, dans l'essence, comme M. Tronchet (4), mais dans la nature du mariage. Le seul tribunal de Montpellier mit donc une boule noire dans l'urne; et si l'on veut avoir un curieux spécimen de la force de ses raisons, il faut lire le passage que voici : « C'est une pomme de discorde que le nord de la » France vient jeter dans le midi, fruit que la bar- » barie des Francs avait cueilli sans doute dans les » forêts de la Germanie, et qu'elle a apporté dans » les Gaules, au milieu du tumulte de la victoire et » de la licence des camps (5). » *Risum teneatis.*

43. Aujourd'hui que nous avons vu fonctionner depuis plus de quarante ans la communauté légale,

---

(1) Voyez la Discussion dans Fenet, t. 13, p. 530.

(2) Fenet, p. 570.

(3) Fenet, p. 572 et 573.

(4) Fenet, p. 530 et 531.

(5) Fenet, t. 4, p. 500.

tout le monde peut dire si le parti embrassé par le Code, n'a pas plus d'avantages que d'inconvénients.

Et comment en serait-il autrement, puisque les époux ont reçu de la loi le droit de régler leur association avec cette liberté que M. Portalis réclamait tout à l'heure avec tant d'instance pour le contrat de mariage? Chacun, en effet, d'après notre article, peut déroger, comme il le juge à propos, à la communauté légale, et se faire une situation appropriée à ses intérêts. La communauté légale n'est donc, à vrai dire, que le régime de ceux qui le veulent bien. La loi, dans son impartialité, déclare elle-même à qui veut l'entendre, que la liberté est dans son vœu, qu'elle la sollicite, la désire, et la respecte dans tout ce qui n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs. L'établissement de la communauté légale n'est donc pas un établissement jaloux et exclusif; il est balancé et contenu par la liberté des conventions; la volonté de la loi se subordonne expressément, par notre article, à la volonté des parties (1). Du reste, en obligeant à la rédaction d'un contrat de mariage ceux qui ne veulent pas se marier en communauté, la loi ne fait en général aucune violence aux habitudes populaires. Dans les pays où le régime dotal se conserve encore avec tout le prestige d'une respectable tradition, il est d'usage, jusque dans les classes les plus malaisées, de dresser un contrat de mariage : l'habitude le conseille, le préjugé l'exige. En Normandie, par exemple, ou en Auvergne, les époux qui se marieraient sans contrat de

(1) *Junge* cout. d'Orléans, art. 202.

mariage, craindraient de subir une note d'infamie : ils croiraient déclarer par là qu'ils n'ont ni famille, ni état, ni avenir. Le contrat de mariage n'est donc pas, dans ces pays, une exigence onéreuse ou une atteinte à la liberté ; il tient au point d'honneur, et la liberté des conventions matrimoniales n'a rien à reprocher à la prééminence légale que notre article donne à la communauté.

44. Je n'entends pas, du reste, exprimer des regrets sur la conservation du régime dotal, et sur la concession que le Code a faite, à cet égard, aux idées méridionales. Ami de la liberté des conventions, j'approuve le législateur d'avoir respecté un régime qui a le suffrage immémorial d'une portion considérable de la France. Quoique le régime de la communauté me paraisse préférable au régime dotal, je reconnais que le régime dotal est souvent utile, qu'il a d'excellents côtés, qu'il offre des garanties de conservation très-désirables pour les familles. Mais je crois que les peuples qui prospèrent sous l'influence de la communauté, sont plus avancés que ceux auxquels le régime dotal est nécessaire. Le régime de la communauté est fondé sur la confiance, le régime dotal sur la défiance. Or, de ces deux mobiles j'aime mieux le premier que le second ; j'ai une plus haute estime pour ceux que la confiance rapproche, que pour ceux que la défiance gouverne. Les mœurs des premiers sont meilleures que les mœurs des seconds. Ajoutez que le régime de la communauté est beaucoup plus favorable au mouvement de la propriété, à la facilité des transactions, à la sûreté du crédit. Le régime

dotal, qui est le plus simple en apparence, est en réalité le plus fécond en difficultés, en procès, en surprises fatales pour les tiers. Le grand motif de la conservation du bien des femmes, le fait servir de prétextes à d'énormes abus de la mauvaise foi.

Mais, malgré ses défauts, malgré les graves atteintes à la probité dont il peut être l'instrument, il y a des cas où les sûretés qu'il présente, peuvent être utilement recherchées. S'il n'est d'aucun secours pour le progrès du ménage, il est du moins un rempart contre la dissipation. S'il est stationnaire, il est du moins conservateur. Il y a donc des positions auxquelles il convient; il est même remarquable que, tempéré par la faculté d'aliéner avec remplacement, et par la société d'acquêts, il trouve place assez souvent dans des provinces qui jadis ne connaissaient que la communauté. C'est là une preuve du sage éclectisme du Code civil. C'est là un des avantages de la liberté qu'il assure aux parties.

Il est encore cependant des contrées où le régime de la communauté est « un régime *étrange*, antipa- » thique même aux idées, aux mœurs, aux usa- » ges (1). » Mais rien n'empêche ces pays de rester dans leurs préjugés ; rien ne les empêche même de se croire supérieurs à tous les autres. C'est là une preuve bien éclatante que le Code civil, en adoptant un régime légal, n'a pas été l'oppresseur des habitudes locales, ainsi que le craignaient les conseillers d'État dont je parlais tout à l'heure.

---

(1) Jugement du tribunal du Vigan, du 20 décembre 1841. Dalloz, 42, 2, 220.

45. Il n'y a pas jusqu'à la séparation de biens qui, grâce à la liberté des contrats de mariage, ne puisse quelquefois et dans certaines situations, devenir avec avantage le régime des époux. La séparation des biens, quoique n'étant pas dans la nature de l'association conjugale, n'est cependant pas contraire à son essence. Il y a des cas où l'un des époux a besoin de prendre ses sûretés, et alors son intérêt l'autorise à s'éloigner des règles habituelles et communes. Dans les familles opulentes, mais qui ont aussi des affaires embarrassées, la séparation des biens est quelquefois stipulée avec plus d'avantages que d'inconvénients. Les articles 1536 et suivants ont pourvu à l'organisation de ce régime.

La séparation n'est pas d'ailleurs une nouveauté dans les annales du mariage.

Pendant combien de temps n'a-t-elle pas duré chez les Romains ! La coutume du Berri approuvait expressément l'exclusion de communauté qui tient le milieu entre la séparation et la communauté (1). La communauté est sans doute plus conforme à l'esprit du mariage ; mais ce n'est pas une raison suffisante pour que, dans certains cas, les parties ne préfèrent pas la séparation (2). Plus les parties sont gênées après le mariage, plus elles doivent être libres avant l'union conjugale et lorsqu'elles règlent leur situation.

Au lieu d'exclure la communauté, pourrait-on prendre un terme moyen qui consisterait à autoriser

---

(1) Tit. des mariages, art. 8.
(2) Lebrun, liv. 1, chap. 3, n° 4.

le mari à y admettre sa femme au bout d'un certain temps? L'article 1399 répond à cette question par la négative.

46. Au surplus, nous nous occuperons dans les articles 1497 et suivants des modifications nombreuses qui tantôt étendent la communauté légale, et tantôt la diminuent et la restreignent, jusqu'à ce que de degré en degré on arrive à la séparation. Ces combinaisons sont les plus usuelles. Le Code les a empruntées à l'ancienne jurisprudence. Il n'a fait que profiter de l'expérience du passé. Cependant il est encore permis aux parties de franchir la limite de ces combinaisons, et de se créer des lois accommodées à leur position et à leurs besoins. Tout est permis dans le contrat de mariage, tout est accordé à la plus nécessaire des institutions, tout, excepté ce qui blesse les bonnes mœurs, l'ordre public, et la confiance.

47. Lors même que les parties s'écartent le plus du régime adopté par le législateur, l'impartialité de la loi voit avec faveur l'ouvrage de leur volonté. Il suffit qu'il soit dans la convenance des futurs, pour que la loi consente à l'accepter. Par exemple, il est certain que le régime dotal ne jouit pas aux yeux du Code civil, de la même prédilection que le régime de la communauté. Si cependant les parties aiment mieux le régime dotal que le régime de la communauté, la loi se garde bien de voir avec ombrage cette préférence : elle leur ouvre aussi ses faveurs et sa protection. En un mot, le contrat de mariage est

favorable (1), car il facilite les mariages. C'est pour cela que l'art. 1398 du Code civil lève l'incapacité du mineur apte au mariage, et le rend habile à faire toutes les conventions qui sont l'accessoire de cette solennelle union. Cette faveur s'applique à tous les régimes dont nous verrons plus tard le développement.

48. Cependant il est des limites que le contrat de mariage ne saurait franchir, malgré la liberté dont il a été investi; et s'il cherche à dépasser ces limites, la faveur de la loi se change en animadversion. L'art. 1387 nous en donne l'avertissement; il fait des réserves dans l'intérêt des bonnes mœurs. D'autres dispositions du Code élèvent des prohibitions auxquelles les parties doivent se soumettre; toute cette matière peut se réduire à ceci :

1° Prohibitions dans l'intérêt des bonnes mœurs,

2° Prohibitions dans l'intérêt de la puissance maritale (2),

3° Prohibitions dans l'intérêt de la puissance paternelle (3),

4° Prohibitions dans l'intérêt du mari comme chef (4),

---

(1) Louet, lettre M, somm. 9.
Pothier, *Intr. à la Communauté*, n° 3.

(2) Art. 1388.

(3) *Id.*

(4) *Id.*

5° Prohibitions dans l'intérêt de l'ordre des successions (1).

6° Prohibitions dans l'intérêt du respect dû à la loi actuelle et à l'abolition des coutumes (2).

7° Prohibitions résultant de lois spéciales et de textes positifs (3).

§ 1er.

49. Voyons ce qui concerne les clauses du contrat de mariage dont les bonnes mœurs pourraient s'alarmer (4).

Si, par exemple, le contrat de mariage contenait un pacte portant que les époux vivraient séparés, et qu'il n'y aurait entre eux aucune cohabitation, ce pacte, contraire aux bonnes mœurs et à l'essence du mariage, resterait sans valeur. On se demande même s'il est possible qu'une telle convention trouve place dans le contrat de mariage de personnes sensées; j'en connais cependant des exemples. Un mariage avait été imposé comme réparation à un séducteur; celui-ci, redoutant les hostilités d'une famille outragée, consentit à se prêter à l'acte solennel de l'union civile, et à donner son nom à celle dont il avait abusé; mais il exigea qu'aucune cohabitation ne fût la con-

(1) Art. 1389.

(2) Art. 1390.

(3) Art. 1387, 1399, 1422, 1453, 1521.
M. Toullier, t. 12, nos 17, 21.
M. Odier, t. 2, n° 629.

(4) Paul, l. 5, D., *De pactis dotalib.*

séquence de ce mariage, fruit de la nécessité et non de l'affection. Cette condition fut acceptée et couchée dans les articles du contrat. Je n'ai pas entendu dire qu'elle ait été enfreinte ; mais elle ne se soutient que par le commun accord des parties, et elle ne trouverait dans la justice aucune sanction.

50. Les lois romaines parlent de pactes qui exciteraient à commettre un délit, qui dispenseraient le mari de la fidélité qu'il doit à la garde des intérêts de sa femme, qui autoriseraient les soustractions que l'un des époux pourrait commettre au préjudice de l'autre (1) : la jurisprudence les condamnait sévèrement ; le Code civil ne leur est pas moins rigoureux.

51. C'est par suite de la même pensée, que l'article 1397, voulant assurer dans le contrat de mariage l'empire de la bonne foi, déclare les contre-lettres nulles. Ce pourrait être un moyen de tromper les tiers, et d'introduire la fraude dans les pactes dotaux ; les bonnes mœurs condamnent d'aussi indignes spéculations.

52. Mais il ne faudrait pas mettre sans raison les bonnes mœurs en cause, et chercher des atteintes à leur autorité dans des conventions qui ne sont que l'usage d'une légitime liberté. Par exemple, on a demandé si une donation faite par l'un des époux à

---

(1) Paul, l. 5, D., *De pactis dotalib.*
L. 5, § 1, *Idem.*
L. 20, *Idem.*

l'autre époux à condition qu'il ne se remariera pas, n'est pas contraire aux bonnes mœurs et à la liberté du mariage?

Cette condition, jadis autorisée, avait été considérée comme immorale par les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2. Mais ces lois sont abrogées, et je ne vois pas ce qui empêcherait aujourd'hui de revenir à l'ancien droit (1). Le donateur a pu vouloir, soit que son bien profite à ses enfants s'il en laisse, soit, s'il n'en a pas, que sa fortune n'aille pas enrichir un autre époux et se perdre dans une autre famille. Il a voulu assurer à sa compagne une honorable viduité, et non pas lui laisser une dot pour un nouvel établissement. Toutes ces pensées sont bonnes; elles sont dans les instincts légitimes du cœur humain (2).

53. Voici un autre exemple d'exagération dans une matière où il ne faut enlever à la libre volonté, que ce que les bonnes mœurs commandent d'en retrancher.

Par contrat de mariage des époux Duvelley, passé en l'an 13, il avait été stipulé un préciput en faveur de l'épouse, dans tous les cas de dissolution de la communauté, soit qu'elle l'acceptât, soit qu'elle y renonçât. On eut l'idée de prétendre que cette donation n'était pas permise; qu'elle renfermait une excitation à demander la séparation; qu'il y avait

(1) M. Delvincourt, t. 2, p. 195, notes.
(2) MM. Duranton, t. 8, n° 128.
Odier, t. 2, n° 626.
Rodière et Pont, t. 1, n° 52.

dès lors quelque chose d'immoral. Mais cette critique était excessive ; elle fut à bon droit condamnée (1).

§ II.

54. Venons aux pactes contraires à la puissance maritale.

Le mari n'a pas besoin d'autorisation pour contracter. Exiger de lui qu'il ne puisse contracter sans autorisation, ce serait le mettre en tutelle ; ce serait une injure faite à sa personne, une atteinte portée à ses droits comme homme et comme mari. Pourquoi le prendre pour mari si on n'a pas confiance dans son caractère d'homme ? Un tel pacte est donc radicalement nul (2).

55. Il serait également contraire à l'ordre public, sur lequel repose la puissance maritale, que la femme se réservât le droit de s'obliger ou d'aliéner sans autorisation (3) ; elle ne peut être à la fois mariée et libre. Le mariage impose à la femme une dépendance nécessaire. Comme chef, comme investi de la puissance sur sa femme, le mari doit être appelé à lui donner son autorisation pour contracter (4). C'est un droit inhérent à l'état de mari, et sur le-

---

(1) Cass., 6 janvier 1808.
Devill., 2, 1, 467. Dalloz, t. 10, p. 122.
M. Merlin. v° *Préciput conventionnel*, § 1. n° 1.

(2) Lebrun, p. 20, n° 5.

(3) Art. 215 et 1538. *Infrà*, n° 2291.

(4) Art. 217, C. civ.

quel reposent l'unité d'administration et la bonne direction de la société conjugale. Le mari n'y peut renoncer sans se manquer à soi-même, sans altérer sa propre dignité, sans descendre du droit qui est attribué à l'expérience et à la maturité masculines.

56. Non-seulement le mari n'y peut renoncer expressément ; il ne peut non plus y renoncer tacitement, ou par des actes détournés. Telle serait la clause d'un contrat de mariage par laquelle le mari donnerait à sa femme une autorisation générale pour tous les actes ultérieurs dans lesquels elle pourrait avoir à figurer. Une telle procuration ne pourrait avoir de vertu que pour les actes d'administration ; elle n'en aurait aucune pour les actes de disposition (1).

Il y avait cependant quelques coutumes qui, accordant à la liberté des conventions matrimoniales une latitude exagérée, toléraient ces autorisations générales (2). Partant de cette idée, jadis accréditée dans le vieux droit coutumier (3), que la séparation rend la femme libre et habile, ces coutumes pensaient que le contrat de mariage pouvait accorder à la femme un droit dont la séparation l'investissait ; elles pensaient qu'il n'était pas contraire aux bonnes

---

(1) Art. 223 et 1538, C. civ.

(2) Berri, *de l'État des personnes,* art. 22.
La Rochelle, art. 23.

(3) Montargis, chap. 5, art. 6.
Sedan, art. 95, 97.
Artois, art. 58.

mœurs de faire par contrat de mariage ce que la séparation ferait légalement, le contrat de mariage étant le plus libre et le plus dégagé de tous les contrats (1).

Mais les réformes subies par le droit coutumier rendaient cette opinion plus que problématique dans l'ancienne jurisprudence (2) ; elle n'est pas soutenable aujourd'hui (3).

Il est clair, en effet, que cette autorisation générale équivaut à l'absence d'autorisation. En principe, l'autorisation doit être spéciale. Une autorisation générale est une affaire de style, une précaution sans réalité, une garantie illusoire.

Or, renoncer à l'autorisation maritale, c'est renoncer à une loi naturelle et d'ordre public ; c'est émanciper la femme, qui doit être soumise ; c'est enlever au mariage une de ses lois fondamentales. Il n'est pas bon que la femme jouisse d'une liberté illimitée ; car son patrimoine est la dernière ressource des familles, et il y a plutôt nécessité de contenir que d'étendre son droit d'aliénation. A quoi aboutirait l'anéantissement de l'autorité conjugale ? à l'anéantissement de l'avoir de la femme, et à la ruine des ressources qui sont la réserve du ménage. Nous reviendrons là-dessus en commentant l'art. 1538.

57. Une conséquence du mariage est la communauté d'habitation. La femme doit suivre son mari

---

(1) V. aussi Dumoulin, sur *Bourbonnais*, art. 170 et 232.

(2) Lebrun, liv. 2, chap. 1, sect. 4, nos 1 et 7, p. 155.

(3) Art. 214, C. civ.

partout où il juge à propos de résider (1) : c'est un de ses devoirs d'épouse.

La femme ne pourrait donc stipuler dans son contrat de mariage qu'elle aura une habitation distincte de son mari, ou qu'elle ne l'accompagnera pas là où il lui paraîtra convenable de fixer son domicile. Une clause qui, par exemple, donnerait à une femme le droit d'habiter Paris toute l'année, serait considérée comme non écrite. On serait fondé à y voir le caprice d'un caractère vain et léger (2).

58. Si cependant une femme stipulait, pour de graves raisons de santé, qu'elle n'habitera pas les colonies, ou un climat dangereux, il ne serait pas défendu d'avoir égard à cette clause (3). A côté du droit du mari, se trouve l'obligation qui lui est imposée, de donner aide, assistance et protection à sa femme (4).

59. Que dirons-nous d'une clause qui dispenserait la femme de suivre son mari, s'il s'établissait en pays étranger pour s'y faire dénationaliser? nous serions porté à la considérer comme bonne. La patrie a des

---

(1) Art. 214. C.-C.

(2) M. Odier, t. 2, n° 627.

(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 55.

(4) Art. 213 du C. civ.; argument d'un jugement du tribunal de Senlis, du 9 octobre 1855 (aff. Pontalba). Mme de Pontalba avait été victime d'une tentative d'assassinat commise sur elle, à Mont-l'Évêque, domicile conjugal, par le père de son mari. Le jugement, motivé sur la terreur naturelle qu'un tel séjour devait lui inspirer, la dispensa d'y retourner. Voyez le recueil de Dalloz, 56, 3, 15.

droits sur le cœur de l'épouse, et elle ne fait rien de contraire aux bonnes mœurs, quand elle exige de son mari qu'il ne lui impose pas la loi de l'exil. Un mari qui s'est engagé à ne pas émigrer, est tenu de respecter cette promesse solennelle ; il manque, en la violant, à l'honneur et à la protection qu'il doit à sa femme.

§ 3.

60. La puissance paternelle, qui est d'ordre public, la puissance paternelle, qui est l'une des bases de la famille, ne saurait non plus être ébranlée par les pactes matrimoniaux. Le contrat de mariage prépare les fondements de la famille; il ne doit pas les ruiner d'avance ou les altérer.

Ce serait donc en vain que le contrat de mariage voudrait enlever, soit au mari, soit à la femme, les droits qu'ils tiennent de leur qualité de père et de mère. Rien ne serait plus immoral que de diminuer des droits que la nature a créés avant que la loi ne les sanctionne (1). Et, notons le bien ! il n'est pas plus permis de déroger aux droits de la mère, qu'aux droits du père. Ces droits sont sacrés ; ils sont inaliénables. La convention des hommes doit les respecter. Par exemple, le contrat de mariage ne pourrait enlever à la mère survivante, ou restreindre à son préjudice, la tutelle sur ses enfants (2) : quand on se défie d'elle

(1) Art. 373, 384, 389, 390, 392, 397, 475.

(2) Discussion au Conseil d'état (Fenet, t. 13, p. 337 et suiv.).

comme mère, il ne faut pas la prendre pour épouse.

61. Nous n'entrerons pas ici dans des détails qui nous entraîneraient vers une autre partie du Code civil. Nous ne nous arrêterons donc pas à réfuter M. Zachariæ (1), qui pense que l'usufruit légal n'est pas un de ces droits de la puissance paternelle que l'art. 1388 entend protéger; comme si M. Treilhard n'avait pas dit dans un discours au Conseil d'État : « L'article ne parle » de la puissance paternelle, que pour défendre les » stipulations qui priveraient le père de son pouvoir » sur la personne de ses enfants et *de l'usufruit de* » *leurs biens* (2). » Tout cela est trop évident pour y insister.

Mais nous parlerons d'une question plus grave et qui a paru faire doute à certains jurisconsultes. On s'est demandé si le pacte qui porte que les enfants mâles seront élevés dans la religion du père, et les filles dans la religion de la mère, est obligatoire pour le mari. Le plus grand nombre pense que ce pacte n'est qu'un engagement d'honneur, et qu'il n'engendre pas un lien de droit (3); et c'est ce qu'a décidé le Code civil d'Argovie, qui déclare que, nonobstant toute convention, les enfants seront élevés dans la religion

---

(1) Tome 3, p. 401, note 3.
(2) Fenet, t. 13, p. 341 à la fin et 342.
(3) MM. Duranton, t. 14, n° 24.
Zachariæ, t. 3, p. 402.
Toullier, t. 5, p. 19.
Odier, t. 2, n° 628.

du père (1). MM. Rodière et Pont estiment cependant qu'il faut avoir égard à une convention qui intéresse à un si haut degré la conscience de la mère; ils s'appuient sur l'art. 203 du Code civil, qui partage entre le père et la mère le soin d'élever les enfants.

Cette opinion ne me paraît pas admissible. L'article 203 appelle en effet la coopération de la mère pour l'éducation des enfants, et en cela il a entendu la voix de la nature, il a rendu hommage à l'affection et à la tendresse de la femme. Il y a même un âge des enfants, où les soins maternels sont plus efficaces et plus nécessaires que ceux du père; c'est le premier âge. Mais, plus tard, lorsqu'il faut former le moral des enfants, diriger leur éducation, les préparer à entrer dans la société qui les attend comme hommes et comme citoyens, il est évident que s'il s'élève un dissentiment entre le père et la mère sur le système à suivre, c'est l'opinion du père qui doit prévaloir; car l'obéissance est due par la femme à l'autorité du mari : autorité à laquelle appartient la déférence, soit qu'elle s'exerce sur la personne de la femme, soit qu'elle s'exerce sur les enfants. Ensuite quels inconvénients n'y aurait-il pas à rendre les tribunaux juges de pareilles difficultés! quels éclats fâcheux, quelles sources de division dans les familles! Enfin, jusqu'à quel point la femme pourrait-elle faire parler d'impérieux scrupules de conscience? Quoi! elle consent à ce qu'une partie de sa famille reçoive une éducation religieuse en opposition avec la sienne; elle ne trouve pas mauvais que ses fils suivent la re-

---

(1) Art. 177.

ligion de son mari, et elle viendra dire que ses croyances les plus intimes ne seraient pas tranquilles si ses filles ne sont pas élevées dans sa foi! A-t-elle donc deux ordres d'affection, l'un pour ses fils, l'autre pour ses filles? non! Qu'elle ne mette pas en avant ce cri de la conscience auquel rien ne doit résister; elle ne peut s'appuyer que sur des motifs de convenance et d'habitude. Il est plus convenable pour elle que ses filles, avec lesquelles elle vit dans des rapports plus journaliers qu'avec ses fils, partagent ses croyances: voilà la vraie raison. Mais quelle qu'en soit la gravité, elle n'est pas assez puissante pour faire céder l'autorité du mari. La résolution de celui-ci a aussi ses causes légitimes: le maintien de l'harmonie entre frères et sœurs, la conviction sincère dans sa religion, l'intérêt moral des enfants, leurs rapports dans le monde, la facilité de leur établissement, etc. Il faut supposer que le mari a été déterminé par ces considérations victorieuses, puisqu'il a cru nécessaire de se mettre au-dessus des espérances qu'il avait données.

§ IV.

62. Le mari n'a pas seulement autorité sur la femme et sur les enfants, il a aussi des droits sur les biens. C'est à ces droits que l'art. 1388 fait allusion quand il défend de déroger aux droits qui appartiennent au mari comme chef. Il ne s'agit plus ici d'autorité sur les personnes; il s'agit de droits sur les choses (1).

---

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 61.

Comme maître de ses biens propres, le mari a un pouvoir absolu pour en disposer ainsi que tout propriétaire. Le mariage ne limite pas sa capacité ; ce serait lui infliger une honteuse diminution d'état, que de l'astreindre à l'obligation de ne pouvoir les aliéner, soit d'une manière absolue, soit avec l'autorisation de la justice.

63. Dans le régime de la communauté, c'est le mari qui est le chef de l'association conjugale (1) : il a des droits qui approchent de ceux du maître ; il peut vendre, aliéner, gérer à sa guise. Sa femme n'a aucun contrôle. Dans tout ce qu'il fait, il peut dire: *Jure feci*.

On ne tolérerait donc pas une clause qui rendrait la femme chef de la communauté, et qui par là lui donnant droit sur les biens, lui donnerait autorité sur le mari (2).

64. Mais sera-t-il permis, sans aller aussi loin, de restreindre en certaines parties l'autorité du mari, et, par exemple, de stipuler que les conquêts de communauté ne seront aliénables qu'avec le consentement de la femme?

On ne saurait trop vivement repousser l'opinion des interprètes du Code civil qui se sont arrêtés à l'affir-

---

(1) *Infrà*, art. 1421. Voyez plus bas ce que nous disons sur les art. 1421 et 1426.

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 3, nos 4 et 5.
MM. Toullier, t. 12, nos 307, 308.
Duranton, t. 14, n° 268.
Rodière et Pont, t. 1, n° 60.

mative (1). Le droit du mari de vendre et hypothéquer les conquêts, est un droit absolu (2) ; il est la conséquence de sa qualité de chef. L'art. 1388 défend si expressément de porter atteinte aux droits du mari comme chef, qu'on s'étonne de la doctrine que nous réprouvons ici (3).

Il est de l'essence des conquêts de faire partie de la communauté ; il est de l'essence de la communauté d'avoir le mari pour chef. Il suit de ces deux propositions, que la femme ne saurait contredire les aliénations faites par le mari (4) ; et si on lui accordait, pendant le mariage, un droit de contrôle ou un droit parallèle, la perturbation la plus fâcheuse s'introduirait dans les rapports des époux. Ce droit serait, d'ailleurs, ou inutile ou dangereux : inutile, si les époux conservent entre eux les rapports de subordination créés par la nature et consacrés par la religion et par la loi, car alors la femme ne refusera jamais au mari son consentement ; dangereux, si les époux ne sont pas d'accord, car il n'y aura plus ni harmonie entre les personnes, ni unité dans la gestion de leurs intérêts. Le mariage sera une arène de discordes, où la femme, mettant son veto sur les actes du mari, ba-

---

(1) MM. Toullier, t. 12, n° 309.
Duranton, t. 14, n° 519.
Zachariæ, t. 3, p. 401, note.

(2) Lebrun, p. 169, n° 1.

(3) *Junge* MM. Taulier, t. 5, p. 85.
Rodière et Pont, t. 1, n° 61.

(4) Lebrun, p. 183 et 184, n° 5.

lancera son autorité par une autorité rivale. Est-ce là ce que veut le régime de la communauté ? est-ce à de pareils écarts qu'il consent à se prêter ? non ! évidemment non ! Que dans les sociétés ordinaires, deux associés puissent se créer des droits égaux d'administration, ou des droits de contrôle, rien de plus légal et quelquefois rien de plus juste (1). Mais il n'en saurait être ainsi dans la société conjugale (2), et la raison en est simple. Dans les sociétés ordinaires, on peut se séparer le jour où l'on cesse de s'entendre ; dans la société conjugale, on reste attaché par le nœud de l'indissolubilité, et une dissension éternelle est le triste fruit d'imprudentes stipulations. Nous repoussons donc de toutes nos forces ces pactes qui répugnent à l'essence de la communauté. Nous croyons que c'est par des raisons profondes de justice, de concorde, d'équitable pondération, que le mari a été investi d'un droit de chef sur la communauté. Ce droit a une balance suffisante dans les priviléges accordés à la femme sous de nombreux rapports ; il ne faut pas rompre l'équilibre en diminuant par des conventions irréfléchies une autorité nécessaire et légitime.

65. Mais, par contre, on ne peut soustraire le mari aux obligations qui sont essentielles en lui comme chef. Par exemple, on ne pourrait stipuler qu'il lui sera permis de renoncer à la communauté (3).

---

(1) Mon comm. de la *Société*, t. 2, n°s 710 et 711.

(2) *Infrà*, art. 1426.

(3) Lebrun, p. 20, n° 5.

En sa qualité de chef, il ne peut répudier aucun de ses actes : il est lié personnellement.

66. Le mari a des droits sur les propres de sa femme ; marié en communauté, il en a la jouissance et l'administration (1). Il a même cette administration et cette jouissance dans le régime exclusif de la communauté (2). Ce droit lui est attribué, *jure mariti*, pour soutenir les charges du mariage (3).

Voyons les restrictions dont ce droit est susceptible.

D'abord, il est certain que la femme peut se réserver la jouissance exclusive d'une portion de ses revenus pour ses besoins personnels ; elle le peut dans le régime exclusif de la communauté, malgré le droit du mari sur les fruits et revenus. L'art. 1534 est formel (4). Elle le peut aussi dans le régime de la communauté ; car, puisque le droit du mari n'est pas différent, celui de la femme ne doit pas l'être non plus. Pothier enseigne très-bien que la femme peut convenir qu'elle jouira pendant tout le mariage d'un certain immeuble, et établir néanmoins une communauté avec son mari (5).

Qu'on ne dise pas que c'est là enlever au mari un droit comme chef. Le mari n'a droit aux fruits des

---

(1) Art. 1428.

(2) Art. 1530.

(3) *Infrà*, nos 452, 974, 2248 et 2249.

(4) *Infrà*, n° 2274.

(5) *Communauté*, n° 466.

Junge MM. Rodière et Pont, t. 1, nos 62 et 63.

propres de la femme que *jure mariti,* et pour soutenir les charges du mariage. Il n'a pas ce droit comme chef de la communauté, puisque dans les cas où il n'y a pas de communauté, il a également droit à la jouissance des propres de sa femme. Ce droit est une conséquence de sa qualité de mari, conséquence toutefois qui n'est pas nécessaire et absolue. La qualité de mari, jointe à l'obligation de soutenir les charges du mariage, fait présumer qu'il a été entendu par les parties que le mari aurait la jouissance et l'administration ; mais cette présomption *juris* peut être détruite par des preuves contraires. La convention des parties la fait cesser ; elle n'existe qu'à la condition qu'il n'y a pas de convention contraire (1).

67. Ceci nous fait faire un pas de plus, et nous n'hésitons pas à décider que le contrat de mariage peut enlever au mari le droit d'administrer, non-seulement une partie, mais encore la totalité des immeubles propres de la femme. Le mandat tacite attaché à la qualité de mari, en l'absence de toute preuve contraire, est remplacé par une autre combinaison. La femme rentre dans une des prérogatives attachées à la qualité de propriétaire ; elle en a le droit. Ne pourrait-elle pas stipuler dans son contrat de mariage la séparation des biens ? Elle peut, à plus forte raison, stipuler, à côté de la mise en commun d'une certaine partie de son avoir, un droit

---

(1) *Infrà*, n° 977.

d'administration de ses propres, qui est quelque chose de moins que la séparation des biens. Comme le dit Lebrun : « Il n'est pas absolument nécessaire » de donner au mari la jouissance des biens de sa » femme. (1) »

68. Mais si le contrat de mariage ne mettait aucune limite au droit du mari, s'il s'était marié sous le régime légal qui lui donne les fruits des propres, devrait-on autoriser la clause d'un testament qui ferait un legs à la femme, en exigeant pour condition restrictive, que le mari ne touchera pas les fruits?

Dans l'intérêt du mari, on peut soutenir que cette condition est sans portée; qu'en effet, le contrat de mariage par lequel les fruits des propres sont assurés au mari, lui donne droit à une récompense ; qu'ainsi s'il n'a pas les fruits à titre d'usufruit, il les a à titre d'indemnité; que d'ailleurs le testament vient introduire un changement aux conditions primitives du mariage : ce qui est contraire aux dispositions de l'art. 1395 du Code civil (2).

Mais il faut répondre que la condition est valable (3). Si le testateur n'avait pas fait de legs, le

---

(1) Page 19, n° 1.

V. aussi ce qu'il dit, p. 192. Arg. d'un arrêt de la Cour de cassation du 24 août 1836. (Devill., 36, 1, 913. Dalloz, 37, 1, 141.) -- Nous verrons *infrà*, n° 2245, que le mari peut être astreint à donner caution pour l'administration des biens de la femme.

(2) *Infrà*, nos 224 et 225.

(3) Lebrun, p. 192.

Infrà, nos 442 et 978.

mari n'aurait eu aucun droit. Le legs ayant lieu, pourquoi ne se contenterait-il pas de la situation faite par le testateur ? Aime-t-il si peu sa femme, qu'il préfère qu'elle n'ait rien, plutôt que de se voir privé, lui mari, de la jouissance? La Novelle 117 permettait d'enlever au père l'usufruit paternel par une condition apposée à la libéralité (1).

Quant à l'article 1395, il ne concerne pas les tiers, qui, dans leurs libéralités, sont maîtres de ne consulter que leurs affections, et pour qui le contrat de mariage est, sous ce rapport, *res inter alios acta.*

Ceci est maintenant acquis en jurisprudence et ne saurait plus être sérieusement contesté (2). L'art. 1401, § 1, offre d'ailleurs un argument décisif au soutien de cette opinion, puisqu'il reconnaît au donateur de sommes mobilières le droit d'imposer la condition que ce mobilier n'entrera pas dans la communauté, à laquelle, sans cela, il appartiendrait de droit.

Partant de là, on a décidé qu'un testateur pouvait instituer héritière une femme mariée sous le régime

---

(1) V. aussi l'Authentique, *Excipitur*, C. *De bon. quæ lib.*

(2) MM. Toullier, t. 12, n° 142.
Proudon, *Usufruit*, n° 283.
Duranton, t. 14, n° 150.
Paris, 27 janvier 1835 (Dalloz, 35. 2, 45 et 176).
Et 27 août 1835 (Dalloz, 35, 2, 176).
Nîmes, 18 juin 1840 (Devill., 41, 2, 11).
Toulouse, 20 août 1840 (Devill., 41, 2, 114).
Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la ch. des req du 9 mai 1842 (Devill., 42, 2, 513).
Contrà MM. Delvincourt, t. 3, p. 279.
Et Bellot des Minières, t. 1, p. 300.

de la communauté, en apposant pour condition à l'institution qu'elle toucherait une partie des revenus des biens, sans le concours de son mari et sur ses seules quittances. (1) Une telle situation, permise dans le régime de la séparation des biens, n'est pas incompatible avec l'essence de la puissance maritale.

On a jugé aussi qu'une femme, étant mariée sous le régime dotal pour ses biens présents et à venir, le testateur peut imposer la condition que les biens seront paraphernaux (2). Nous ne comprenons pas, nous l'avouons, les scrupules des auteurs qu'effraie cette condition de paraphernalité (3). Nous y voyons une volonté respectable, et contre laquelle le mari ne pourrait s'élever sans manquer à l'affection qu'il doit à sa femme et sans témoigner un égoïsme odieux.

69. Ce que nous venons de dire de la puissance du contrat de mariage pour enlever au mari les fruits des propres, n'est pas applicable au régime dotal. Le mari est maître de la dot; il y a droit comme chef; il l'administre seul (4). Il est de l'essence de la

---

(1) Rejet req., 9 mai 1842 (Devill., 42, 2, 515), aff. de Pons de Villeneuve.

(2) Aix, 16 juillet 1846 (Devill., 46, 2, 402).
Cass. req., 16 mars 1846 (Devill., 46, 2, 157).
Paris, 5 mars 1846 (Devill., 46, 2, 149).

(3) MM. Rodière et Pont, t. 2, n° 411.
Et Odier, t. 3, n° 1102.

(4) Art. 1549.

dot qu'elle soit remise au mari, confiée à ses soins, assujettie à sa libre administration. *Dos*, dit Cujas, *est pecunia marito data*.

Sans doute, il n'est pas défendu de stipuler que la femme touchera annuellement, sur ses seules quittances, une partie de ses revenus, pour son entretien et ses besoins personnels. Mais lui donner ce droit pour la totalité des revenus dotaux, ce serait subversif de la nature de la dot ; la loi réprouve tous les pactes de cette nature (1). Le mari ne peut pas plus abdiquer l'administration de la dot que l'administration de la communauté et de la société d'acquêts (2).

Je ne dis pas cependant qu'en présence d'une clause qui donnerait à la femme l'administration du bien dotal, on ne puisse soutenir, en interprétant le contrat de mariage, que les parties n'ont pas entendu se soumettre véritablement au régime dotal, et qu'il a été dans leur intention de réserver à la femme la totalité de ses biens à titre de paraphernaux (3).

Mais étant donnée une clause de laquelle résulte

---

(1) Pothier, Pand., t. 2, page 30, n° 9.
Paul, l. 5, § 1, D., *De pact. dotal.*
Ulpien, l. 4, *id.*

(2) M. Tessier, t. 1, p. 86.
Treilhard. (Fenet, t. 13, p. 541.)
Tronchet. (*Id.*, p. 539.)

(3) C'est en ce sens qu'on doit prendre un arrêt de la Cour de cassation (ch. civ., rejet) du 2 mars 1837 (Devill., 37, 1, 193 et 194).

une constitution de régime dotal, attribuer quelque valeur au pacte dont il s'agit, c'est subvertir la nature de la dot (1).

Il en serait de même si on faisait dans le contrat de mariage un pacte pour que la dot fût stérile pour le mari, et que les fruits allassent dans des mains étrangères. La dot doit être donnée au mari, et lui être donnée pour soutenir les charges du mariage. C'est subvertir la nature de la dot que de lui enlever ce double caractère (2).

Du reste, nous voyons par l'article 1550 que, bien que le mari soit de droit administrateur de la dot, le contrat de mariage peut l'assujettir à donner caution. Ce n'est pas là une altération de la puissance maritale condamnée par l'article 1388 (3).

§ 5.

70. Les pactes qui dérogent à l'art. des successions seront l'objet du commentaire de l'art. 1389.

§ 6.

71. Nous parlerons aussi sous l'article 1390 des prohibitions qui ont pour effet de maintenir l'abolition des coutumes.

---

(1) MM. Rodière et Pont (t. 1, n° 64) sont d'un avis contraire.

(2) Lebrun, p. 172, n° 6.

L. 4 et 5, § 1, D., *De pact. dotalib.*

(3) *Infrà*, n° 2249.

§ 7.

72. Occupons-nous des pactes dérogatoires à des lois spéciales et à des textes positifs.

L'article 1388 interdit expressément tous les pactes qui portent atteinte aux dispositions prohibitives du Code civil. Ce ne sont pas seulement les dispositions prohibitives du titre que nous analysons. Ce sont celles qui sont répandues dans tout le Code. Elles sont plus puissantes dans leurs défenses, que le contrat de mariage dans sa liberté.

Passer en revue toutes ces dispositions prohibitives serait une tâche aussi inutile que fatigante. Quelques exemples suffiront pour montrer l'application de la loi.

D'après l'article 1422 du Code civil, le mari ne peut donner les immeubles de la communauté; il faudrait dès lors considérer comme nulle la clause du contrat de mariage qui l'autoriserait à se mettre au-dessus de cette prohibition.

La communauté commence le jour du mariage. On ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque : l'article 1399 est positif.

On peut consulter, à titre de nouveaux exemples, les articles 1449, 1451, 1453, 1454, 1521, 1538, etc. (1).

L'article 1521 est un des plus saillants parmi ceux

---

(1) MM. Odier, t. 2, n°s 629 et suiv.
Rodière et Pont, t. 1, n° 70.

que nous venons de citer. La prohibition qu'il renferme est fondée sur une raison d'égalité scrupuleuse. Il veut que dans le partage des dettes, on ne s'écarte pas d'une juste balance entre la part dans la communauté et la part dans les dettes.

Ainsi, si la part dans la communauté est fixée au tiers pour la femme, on ne pourra pas lui imposer la moitié des dettes. Elle n'en devra payer que le tiers (1).

Au nombre des articles que nous avons rappelés, il en est un autre qui n'est pas moins digne de remarque: c'est l'article 1453, qui déclare nulle toute convention par laquelle la femme s'interdirait le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer à la dissolution du mariage.

73. Mais ici se présente une observation.

Les lois prohibitives dont parle notre article, ne sont pas seulement celles qui ont pour sanction la peine de nullité, ou bien (ce qui est la même chose) celles qui, sans être accompagnées de la prononciation expresse de cette peine, sont conçues en termes prohibitifs, comme *ne peut, ne doit* (2), et dont Dumoulin disait : « *Important vim præcisam et tollunt* » *potentiam juris et facti.* » Il y a des dispositions qui sont prohibitives, abstraction faite de la formule qu'elles emploient, et qui puisent leur force irritante dans leur caractère, dans leur but, dans l'in-

(1) Art. 1521. *Infrà*, n° 2141.

(2) M. Odier, t. 2, n° 630.

tention du législateur. Si une diposition de la loi est d'ordre public, elle prohibe virtuellement tout ce qui lui est contraire. Si un texte de loi impose une de ces conditions qui sont de l'essence d'un sujet, l'omission de cette condition a le même résultat que si la disposition législative était conçue en termes prohibitifs. L'article 1388 doit être entendu dans ce sens large ; et, d'ailleurs, quand même l'article 1388 ne le dirait pas, il y a une raison supérieure et générale qui tient pour nul tout ce qui est contraire à l'essence des choses, tout ce qui pervertit leurs conditions d'existence.

74. C'est ce que nous apprennent les lois romaines dans les décisions où elles déclarent qu'il ne faut pas s'arrêter aux pactes qui subvertissent la nature de la dot (1). Si, par exemple, la convention était que le mari rendrait à la dissolution du mariage les fruits de la dot, cette convention serait sans valeur, suivant Ulpien : *Non esse ratum pactum* (2). Elle répugne à la dot, qui n'est telle qu'à la condition de laisser les fruits au mari pour soutenir les charges du mariage. Les lois qui ont fixé les caractères constitutifs de la dot, sont virtuellement prohibitives des conventions qui tendraient à en anéantir les conditions.

---

(1) L. 4, § 1, D., *De pactis dotalib.*
L. 5. Même titre.
(2) L. 4 précitée.

75. Par la même raison, on n'hésitera pas à proscrire dans le régime en communauté, les clauses hostiles aux combinaisons constitutionnelles de ce régime.

Si, par exemple, il était convenu que la femme n'aura ni remploi, ni récompense pour ses propres aliénés, ni indemnité pour les dettes, etc., etc., je pense qu'il ne faudrait pas avoir égard à de pareils pactes (1). Le régime de la communauté a été organisé de manière à assurer à la femme des priviléges considérables, en compensation des grands pouvoirs attribués au mari. Ces priviléges sont tout aussi respectables que peut l'être le droit de renoncer à la communauté, droit qui, comme nous le disions tout à l'heure, est inaliénable (2). L'équilibre de la société conjugale dépend de la conservation vigilante de ces priviléges. Si on les enlevait à la femme, la balance pencherait du côté du plus fort, et on donnerait un caractère léonin (3) à une association qui est toute de protection.

76. C'est pourquoi je dis, avec Lebrun, que la femme ne peut renoncer, par contrat de mariage, à son privilége de n'être tenue des dettes que jusqu'à

---

(1) Arg. d'un arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1832.
Dalloz, 32, 1, 335 et 336.
V. *infrà*, n° 639.
(2) *Suprà*, n° 72.
(3) *Suprà*, n° 2.

concurrence de son émolument. (1). Elle ne peut pas plus y renoncer qu'elle ne peut s'interdire, par contrat de mariage, le droit de renoncer à la communauté (2). Tous ces pactes sont nuls ; ils sont contraires à des principes qui se rattachent à la constitution de la communauté et à l'ordre public. Les priviléges dont il est ici question, ont été établis en compensation de la puissance du mari, et pour venir au secours de la faiblesse des femmes. Or, la faiblesse du sexe a droit à être protégée, de même que l'autorité du mari a droit de n'être pas blessée. La faiblesse a ses prérogatives comme le pouvoir. Il serait contraire à l'humanité, à l'union d'un mariage bien assorti, à l'équilibre des éléments dont se compose la famille, de permettre à la femme de laisser pencher la balance avec trop d'inégalité du côté du plus fort.

77. On fera peut-être cette objection : les priviléges dont il s'agit n'ont été attribués à la femme que pour lui conserver ses propres ; sans cela, son mari aurait pu l'en dépouiller indirectement. Or, la femme est maîtresse d'ameublir ses propres par contrat de mariage, c'est-à-dire de les faire entrer en communauté et de les mettre par conséquent à la disposition du mari. Pourquoi, dès lors, ne

---

(1) Lebrun, p. 401 et 402, n° 7. *Infrà*, art. 1483.

(2) *Suprà*, n° 72.
Infrà, art. 1453.

pourrait-elle pas consentir à des pactes qui sont l'équivalent de l'ameublissement?

Je réponds :

La preuve que l'épouse n'a pas voulu ameublir ses propres, c'est qu'elle ne l'a pas fait. Elle a entendu que ses propres lui resteraient propres; elle n'a consenti à faire entrer en communauté que ce qui n'était pas propre. Or, puisque la femme a voulu se réserver des propres, il faut donc conserver à ces biens les priviléges qui les sauvent de la prépotence du mari. Quant aux renonciations souscrites par la femme, ce sont des pactes insidieux, dont on n'a pas calculé la portée, et qui n'ont pour but que d'obtenir, par un moyen détourné, des concessions qu'on n'a pu obtenir directement et franchement (1).

78. Parmi les pactes auxquels l'article 1388 fait allusion, nous rangeons les pactes qui tendraient à enlever à l'épouse la liberté dont elle jouit par la loi naturelle et par le droit positif Ces pactes sont contraires à l'article 1133 du Code civil. Il est défendu par les lois, les bonnes mœurs, et l'ordre public, de diminuer la capacité de la femme par des restrictions arbitraires. Cette capacité ne dépend pas des conventions des hommes; elle est d'un ordre supérieur, et la volonté des parties est téméraire quand elle cherche à la régler mieux que la loi ne l'a fait.

Partant de là, on décidera, sans hésiter, qu'une

(1) *Junge* un autre exemple. *Infrà*, n° 1167, j'examine si la femme peut renoncer à avoir son remploi des propres aliénés sur les propres du mari.

femme ne saurait stipuler par son contrat de mariage qu'elle ne pourra s'obliger pour son mari. Si elle s'oblige nonobstant cette clause, elle ne sera pas fondée à se faire relever de ses obligations.

Une objection se présente cependant, et l'on dira : Ce pacte n'a rien qui blesse les mœurs ; il rentre dans le système du célèbre sénatus-consulte Velléien ; il peut être fondé sur la nécessité de mettre un frein à la facilité d'une femme complaisante, ou à l'empire d'un mari trop absolu. Il n'a rien de contraire à l'autorité conjugale. Peleus rapporte un arrêt du 4 février 1600 qui l'a ainsi décidé (1).

Mais on répond que cet arrêt est antérieur à l'ordonnance d'août 1606, qui a aboli en France l'usage du Velléien ; que ce sénatus-consulte a été frappé de réprobation, parce qu'il était un embarras dans les affaires, une entrave pour le crédit et une source de chicanes et de procès (2) ; que la femme ne peut renoncer d'avance à sa liberté, surtout quand cette renonciation a pour motif des craintes injurieuses pour le caractère du mari. Je ne crois donc pas qu'une clause d'un contrat de mariage puisse rétablir cette prohibition surannée, et s'en faire un piége pour tromper les tiers. Une femme ne peut s'interdire elle-même (3).

79. C'est par ces mêmes raisons que nous considérons comme inefficace la clause du contrat de ma-

---

(1) L. 3, art. 2.

(2) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 182.

(3) *Junge* Lebrun, p. 213 et 214, n°s 5 et 6.

riage qui, après avoir constitué, entre les époux, le régime de la communauté, déclare que la femme ne peut ni vendre ni hypothéquer ses propres, même avec l'autorisation de son mari (1). Cette clause porterait une atteinte à la liberté ; elle serait sans valeur pour enchaîner la volonté de la femme et l'autorité du mari. Soit qu'elle émane de la volonté d'un tiers qui l'aurait imposée dans le contrat de mariage comme condition de sa donation, soit qu'elle soit la charge d'une donation faite à la femme pendant le mariage (2), soit que ce soit la femme elle-même qui en fasse une des combinaisons de son contrat de mariage, il n'importe ! la femme pourrait rentrer dans sa liberté, quand, d'accord avec son mari, elle le jugerait à propos.

Vainement dira-t-on qu'en se mariant sous le régime dotal, la femme aurait eu la faculté légale de captiver ses immeubles dans les liens de l'inaliénabilité. Sans doute ! Et pourquoi donc ne s'est-elle pas mariée sous le régime dotal ? Pourquoi n'a-t-elle pas été chercher dans le régime dotal une garantie que ne donne pas la communauté? Mariée sous le régime dotal, elle pouvait modifier la dot par une société d'acquêts. Mariée sous le régime de la communauté, elle ne peut pas modifier ce régime de liberté par une clause d'inaliénabilité. *Fecit quod non potuit ; quod potuit, non fecit.*

---

(1) *Contrà*, M. Toullier, t. 12, n° 372, et M. A. Dalloz, Dict., v° *Communauté*, n° 732.

V. *infrà*, n°s 3062, 3063, 3064, une question analogue.

(2) *Infrà*, n°s 3059 et suiv., je discute ce point avec détail.

L'inaliénabilité est une exception ; elle ne peut dériver que d'une loi spéciale. Il n'appartient pas à la volonté de l'homme de créer des biens indisponibles (1). Il est bien permis d'opter entre le régime de l'inaliénabilité et le régime de la liberté ; mais quand on se déclare pour l'inaliénabilité, il faut la prendre telle que la loi l'a faite ; on ne saurait la transporter dans un régime qui y répugne.

Dans le régime de la communauté, la femme est libre sous l'autorité de son mari. Cette liberté, qu'elle tient de la loi et de la nature, elle ne peut en faire d'avance le sacrifice, et mettre hors de sa disposition une partie de son patrimoine. La loi ne reconnaît qu'à sa propre et suprême souveraineté, le droit de constituer un patrimoine indisponible. Nul n'a droit de s'interdire lui-même et de mettre en tutelle sa personne et ses biens. Si, dans le régime dotal, il est une partie du patrimoine de la femme qui est frappée d'inaliénabilité, c'est par la puissance de la loi, qui dans sa sagesse a décidé que la dot devait être indisponible. L'inaliénabilité est une institution du législateur, et non une combinaison de la volonté de l'homme (2) ; la volonté en profite, mais elle n'en est pas la source première. On peut, en se mariant,

---

(1) V. *infrà*, n° 3317, ce que nous disons du caractère de statut réel de la loi d'inaliénabilité de la dot. C'est un argument qu'on peut invoquer ici.

(2) V. la loi *Jul:æ*, et le tit. du *Code* de Justinien, *de rei uxoriæ act. Infrà*, n°s 3199 et 3,200.

V. aussi l'art. 1554 du Code civil.

opter pour ou contre l'inaliénabilité de la dot; on peut préférer la liberté à l'indisponibilité, car le retour à la liberté est favorable; mais si on donne la préférence à l'inaliénabilité, on ne fait qu'adhérer à la disposition de la loi en matière de dot. La volonté puise l'inaliénabilité dans le sein de la loi; elle ne doit qu'à la loi seule et à des nécessités d'ordre public, appréciées dans une vue d'ensemble par le législateur, ce régime de la société conjugale.

Or, la loi ne prononce l'inaliénabilité que pour la dot seulement: il faut donc, quand on prétend imprimer l'inaliénabilité sur une partie des biens de la femme, que le régime des époux soit nécessairement le régime dotal. Nous accordons qu'il importe peu que ce régime soit modifié par un emprunt fait à la communauté, même par une société d'acquêts; car il n'en est pas moins le régime dotal. Le régime dotal, qui est un régime de prohibition et de gène, a pu emprunter quelque chose à la communauté, régime de liberté; mais le régime de la communauté, qui vit par la liberté, manquerait à son essence s'il allait prendre dans le régime dotal des prohibitions que la loi n'a pas créées pour lui.

Ceci posé, il ne reste plus qu'à faire remarquer que le régime dotal, alors même qu'il est modifié par une société d'acquêts, n'est pas du tout le régime de la communauté. Dans la pensée de ce régime, les biens des époux restent distincts; les acquêts seuls sont mis en commun. Au contraire, dans le régime de la communauté, ce ne sont pas seulement les acquêts qui sont communs; ce sont aussi

les meubles possédés au moment du mariage par les deux époux, c'est le mobilier futur, ce sont les dettes respectives. Quand la femme a voulu cette communauté, quand elle a stipulé que ses meubles et ses dettes entreraient dans la société conjugale, et qu'en retour, le mari y mettrait tout son avoir mobilier ; quand, en un mot, elle a stipulé une vraie communauté, il répugne qu'elle place, dans un coin du tableau, un régime dotal au petit pied, avec toutes ses tendances incompatibles avec les idées de la communauté, un régime dotal pour des biens qui ne sont pas dotaux, un régime dotal pour des biens qui ne sont que propres, et n'ont pas reçu la consécration de la dotalité. Le législateur l'a si bien entendu ainsi, que, par son article 1581, tout ce qu'il permet au régime dotal de prendre au régime de la communauté, c'est la société d'acquêts. Mais il ne lui est jamais venu dans la pensée, de coudre le régime de la dot frappant sur les immeubles, à une communauté de tous les meubles présents et futurs et de toutes les dettes. Et, en effet, dès l'instant que les époux ont mis en commun tous leurs meubles et toutes leurs dettes, ils ont formé une société universelle pour le mouvement de laquelle ils ont besoin de la plénitude de leur capacité, et dont tous les actes les engagent personnellement sur leurs biens. Sans doute, il a été créé pour la femme des priviléges qui atténuent l'effet de ces obligations sur ses biens propres. C'est à elle d'en user quand le moment sera venu. Mais aucun de ces bénéfices n'est l'inaliénabilité de ses propres. Et la raison en est simple : l'inaliénabilité n'est

compatible qu'avec un régime dans lequel la femme ne s'oblige pas. Mais elle ne sympathise pas avec un régime où les époux sont communs en biens, droits, dettes et obligations. « Qui s'oblige oblige le sien. » La disponibilité des propres est la conséquence d'une telle association. Nous disons donc : Pour que le régime dotal domine les biens, il faut qu'il domine le contrat et qu'il y occupe le premier plan. Quand au contraire c'est le régime de la communauté qui domine, les règles dominantes doivent être celles de la communauté, et non des incapacités inconnues dans ce régime et propres à la dotalité.

80. Faisons remarquer, au surplus, que dans l'examen de cette difficulté nous avons constamment supposé que nous nous trouvions en face d'un contrat de communauté, et non pas d'un contrat qui, quels que fussent les termes employés, ne serait pas autre chose que le régime dotal flanqué d'une société d'acquêts. Dans ce dernier cas, aucun doute n'est possible en présence de l'article 1581 et de l'ancien droit (1). La question n'en est une, que lorsque le contrat de mariage constitue le régime de la communauté, c'est-à-dire une communauté universelle ; et alors nous maintenons, contre M. Toullier, la libre disposition des propres, malgré toutes clauses contraires, empruntées à l'article 1554 du Code civil, et qui ne seraient qu'une alliance monstrueuse de deux combinaisons qui s'excluent.

(1) *Infrà*, art. 1581, je reviens sur cet accord de la dot et de la société d'acquêts.

M. Toullier prétend que la question a été jugée en son sens, par arrêt de la Cour de cassation du 22 septembre 1820. Mais cet arrêt statue sur une question qui n'est pas tout à fait la même, et qui sera traitée au numéro suivant. Nous pensons que l'argument tiré de cet arrêt perd beaucoup de sa force, si l'on consulte la jurisprudence plus récente de la Cour suprême.

Quoi qu'il en soit, voici un arrêt postérieur à la publication de l'ouvrage de M. Toullier, et qui paraît, au moins en fait, favoriser sa doctrine. Mais en l'examinant de près, on voit que la question n'avait pas été soumise aux magistrats, et que les deux parties la tenaient d'avance pour résolue conformément à l'opinion de M. Toullier.

La dame Laurent se marie sous le régime de la communauté, *tel qu'il est défini par le Code civil*. Par une clause spéciale du contrat de mariage, il est stipulé que les immeubles présents et à venir de la femme Laurent seront soumis à la disposition prohibitive de l'article 1554 du Code civil.

Pendant le mariage, la dame Laurent souscrit des engagements, solidairement avec son mari. Après la dissolution, le sieur Riviard, un des créanciers, fait saisir les revenus des immeubles dotaux. Celle-ci soutient que ses revenus sont inaliénables d'après son contrat de mariage. Mais un arrêt de la Cour de Paris, du 30 mai 1835, écarte cette objection par les motifs que voici :

« Considérant que les époux Laurent, par l'article 1er de leur contrat de mariage, en date du 18 jan-

vier 1825, se sont mariés sous le régime de la communauté, *tel qu'il est défini par le Code civil ;*

» Considérant que si par l'article 12 du même contrat, ils ont soumis les immeubles présents et à venir de la femme Laurent à la disposition prohibitive de l'article 1554, ils n'ont entendu qu'apporter une restriction au régime de la communauté, en ce qui concerne seulement les immeubles de la femme; qu'il résulte de là que les revenus de ces immeubles ont dû nécessairement tomber dans la communauté; qu'en conséquence la femme Laurent a pu, du consentement de son mari, s'obliger sur les revenus comme sur les biens de la communauté :

» Par ces motifs, etc. (1). »

Faisons une observation nécessaire pour la saine intelligence de cet arrêt. Le débat ne roulait pas sur l'illégalité, en soi, d'une clause qui portait atteinte à la liberté de la femme. Le créancier ne croyait pas avoir intérêt à placer la contestation sur ce point. Il se bornait à insister sur une interprétation du pacte, et à montrer que l'indisponibilité des biens n'entraînait pas, ici, l'indisponibilité des revenus. La Cour de Paris, se posant à ce point de vue, n'hésita pas à se prononcer en sa faveur, et ses raisons sont sérieuses (2). Les époux étaient mariés en communauté. Or, les fruits des propres entrent dans la communauté ; donc ces fruits sont disponibles ; pour

---

(1) Dalloz, 36, 5, 86.
Devill., 35, 2, 558.

(2) M. Dalloz les trouve même concluantes, *loc. cit.*

les enlever à la communauté, il aurait fallu une clause plus précise que celle du contrat de mariage (1).

La dame Laurent se pourvut en cassation; elle obtint la cassation de l'arrêt de la Cour de Paris, par arrêt du 24 août 1836. Notons-le de nouveau: le créancier ne niait pas la légalité du pacte d'inaliénabilité; au contraire, il reconnaissait formellement que la volonté des époux avait pu déclarer une portion du patrimoine de la femme inaliénable; il admettait que l'inaliénabilité dotale pouvait soustraire certains objets à la communauté. Il se bornait à dire: Puisque les époux se sont mariés sous le régime de la communauté, tout doit être interprété dans le sens de la communauté; on ne doit déclarer inaliénable que ce qui a été déclaré tel, expressément, formellement, positivement. Or, les fruits n'ont pas été déclarés inaliénables: donc, etc.

A quoi le demandeur répondait: La stipulation de communauté ne faisant pas obstacle à ce que certains biens soient régis comme dotaux, il faut donc appliquer à ces biens les règles de la dot. Or, l'art. 1554 ne distingue pas; il embrasse fonds et revenus (2).

Là-dessus, la chambre civile, au rapport de M. Tripier, considéra que l'art. 12 du contrat de mariage *avait imprimé le caractère de la dotalité* aux biens constitués en dot de la dame Laurent; que dès lors

(1) *Suprà*, n° 67.

(2) Dall., 37, 1, 141, 142, 143.
Devill., 36, 1, 913, 914.

ils étaient soumis à toutes les conséquences de l'inaliénabilité, et que l'une de ces conséquences est, d'après l'art. 1552 du Code civil, de rendre les revenus insaisissables de la part des créanciers.

Renfermée dans cet horizon, la question me paraît avoir été jugée par la Cour dans le sens ordinaire de ses précédents, relatifs à l'inaliénabilité des fruits dotaux. Mais la solution aurait-elle été la même, si le débat eût porté sur les questions mêmes que nous avons posées au n° 77? j'ose en douter, et ce qui me confirme dans cette opinion, c'est la jurisprudence de la Cour de cassation sur la difficulté dont on va trouver l'examen au numéro suivant.

Nous restons donc dans nos idées sur le respect que le contrat de mariage doit à la liberté naturelle; nous ne voulons pas qu'en se mariant en communauté, les époux créent une inaliénabilité que la loi n'a attribuée qu'au régime dotal. L'art. 1581, à défaut d'autre texte, peut servir à montrer la limite des alliances que le régime dotal peut faire avec la société de biens (1).

81. Voici à présent un autre point :

Non-seulement la femme mariée en communauté,

---

(1) V. en sens contraire Lyon, 31 mars 1840 (Devill. 40, 2, 323).

Les faits ne sont pas exposés ; on ne sait pas au juste quel était le régime des époux.

V. aussi un arrêt de Caen du 21 février 1845 (Devill., 45, 2, 553), où la doctrine de M. Toullier est rappelée dans les considérants. Mais cette Cour a changé sa jursprudence. *infra*, art. 1435.

ne peut rendre ses propres inaliénables ; mais elle ne peut pas non plus stipuler avec effet contre les tiers, que ses propres seront vendus de telle ou telle manière, contraire au droit commun, et par exemple, à condition de remplacement. Si elle insère dans son contrat de mariage cette clause, qui a, du reste, son utilité à l'égard du mari, elle ne fait rien qui oblige les tiers. Sans doute, le pacte de remploi devra servir de règle au mari, qui étant chargé de recevoir les fonds provenant de la vente, peut, par suite, être investi du mandat de les employer à un certain usage; mais ce ne sera pas une règle obligatoire pour les tiers (1). Capable d'aliéner, la femme n'est pas maîtresse de s'imposer, *à priori*, des entraves de nature à supprimer ou à diminuer sa liberté. D'ailleurs, en quoi et comment cette règle d'administration imposée au mari, pourrait-elle concerner les tiers? Serait-ce parce que le remplacement rend la dot plus assurée et engage la responsabilité des tiers qui ont acheté le bien dotal? Mais cela n'est vrai qu'autant que la dot est inaliénable, et que l'immeuble nouveau est investi du privilége dont jouissait l'immeuble remplacé. Et comment ne voit-on pas qu'en matière de communauté, l'immeuble reçu en remplacement, est toujours susceptible d'être hypothéqué ; que la femme peut, avec l'autorisation de son mari, le grever des engagements les plus onéreux, et qu'il n'y a que sa propre prudence qui la garantisse de la

(1) V. mon rapport à la Cour de cassation, aff. Goudran, audience du 4 août 1844 (Devill., 45, 1, 71).

ruine ? Le remploi ne se lie donc pas à un système de garantie contre les tiers ; il n'est qu'une règle d'administration pour le mari. Quand, nonobstant de pareilles clauses, l'épouse traite avec les tiers, ceux-ci sont autorisés à voir dans ce fait un retour à la liberté naturelle, une abdication de restrictions inefficace, une reprise d'un droit imprescriptible.

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par divers arrêts que nous citerons plus bas (1). Un arrêt de la chambre des requêtes, du 22 février 1820, indiqué par M. Toullier (2), semblait faire pencher la balance contre les tiers acquéreurs; mais un examen plus mûr de la question a fait prévaloir d'autres principes, qui sont les vrais. J'ai entendu contester cependant l'autorité du dernier état de la jurisprudence. J'ai vu des hommes expérimentés croire que, quand la clause de remploi est insérée dans le contrat de mariage de gens mariés en communauté, elle peut donner à la femme le droit de recourir contre les tiers acheteurs des propres, qui n'ont pas veillé au remploi. Cette doctrine est même enseignée dans quelques ouvrages estimables (3). Elle est cependant inadmissible ; elle est le résultat d'un mélange irrationnel du régime dotal et du régime de la communauté. Certes, quand les époux sont mariés sous le régime dotal, et qu'ils

(1) V. *infrà*, n° 152, et sur l'art. 1435.

(2) Tome 12, n° 372.

(3) MM. Toullier, t. 12, n° 372.
Odier, t. 1, n° 316.

ont autorisé la vente de l'immeuble dotal moyennant remploi, il est certain que l'acheteur est responsable du remploi, et qu'il est de son devoir de le surveiller. Mais quelle est la cause de ce recours? C'est l'inaliénabilité de la dot; le bien de la femme, inaliénable par sa nature, n'aurait pu être aliéné, si le contrat de mariage ne l'avait permis. Or, il ne l'a permis qu'à certaines conditions, ayant pour but d'adoucir les gênes de l'inaliénabilité par des garanties équivalentes. Eh bien! l'acheteur à qui on aurait pu opposer l'inaliénabilité, si elle n'eût pas été modifiée, est également garant de l'observation des conditions qui en tiennent lieu. Mais sous le régime de la communauté, qui tient la femme pour libre, qui considère ses propres comme disponibles avec l'autorité du mari, de quel droit vient-on opposer aux tiers des combinaisons qui ne dérivent que des conceptions arbitraires des époux, et non de la disposition de la loi? Les personnes et les choses libres, de par la loi, ne sauraient être enchaînées, au regard des tiers, par la volonté de l'homme. En un mot, dans le régime dotal, c'est l'inaliénabilité qui donne le principe de l'action contre les tiers. Dans le régime de la communauté, c'est la liberté naturelle de la femme et la disponibilité légale des propres qui l'excluent. Nous ne sommes pas dans un de ces cas où l'on peut dire : *Convenances vainquent la loi;* en matière de liberté, la loi est plus forte que la convention.

82. Pour terminer ce que nous avons à dire du conflit du contrat de mariage avec les lois pro-

hibitives, nous parlerons d'un point de droit ancien qui a joué un grand rôle dans notre jurisprudence, et qui, n'étant pas encore entièrement épuisé, mérite de nous arrêter un instant. Je veux parler de l'influence de la coutume de Normandie sur les contrats de mariage non conformes, passés dans d'autres ressorts et touchant à des intérêts normands. La coutume de Normandie avait un caractère prohibitif très-marqué ; elle n'admettait dans son ressort que ce qui était d'accord avec ses dispositions. Se défiant de la liberté de l'homme, elle l'avait enchaînée par un ensemble de dispositions combinées dans le but de conserver les biens propres dans la famille : interdisant les institutions d'héritiers, les avantages conventionnels entre époux, et tout ce qui empêchait les biens d'être possédés par les héritiers du sang. C'est ce qui faisait dire à Basnage : « Jamais coutume ne s'est plus défiée de la sagesse et de la bonne conduite de l'homme que celle de Normandie. » Ces combinaisons du statut normand se trouvent dans les art. 329, 330, 331, 389, 390, 391, 392, 393, 405, 410, 419, 429 de la Cout., et 73, 74, 80, 81 des placités. C'est dans ce but que la coutume établissait le régime dotal et ne permettait pas d'y déroger (1).

De là, la question suivante : une fille normande se marie à Paris avec un Parisien ; elle stipule, dans son contrat de mariage, la soumission au régime de la

---

(1) V. *infrà*, n° 3218.

communauté conformément à la coutume de Paris, dérogeant à toute coutume contraire. Cette fille, d'origine normande, est devenue parisienne par son mariage pour tous les effets que le mariage produit sur les droits matrimoniaux.

Cependant elle recueille de ses père et mère, domiciliés en Normandie, des successions qui, d'après la coutume de Normandie, font partie de la dot, et sont inaliénables aussi bien que la dot primitivement constituée. Mais à son égard, en face de son contrat de mariage, pourra-t-elle disposer de ces successions comme en peut disposer une femme mariée sous le régime de la communauté?

Non, et c'est ce qu'a pensé un arrêt de la Cour de cassation du 11 janvier 1831 (1) d'accord avec la jurisprudence normande la plus certaine (2). Le statut normand est réel et prohibitif (3); il affecte les biens situés dans le ressort de la coutume par des dispositions prohibitives; la coutume est ici plus puissante que la convention. Les stipulations des parties n'y peuvent porter atteinte, et dès lors les aliénations sont nulles.

Remarquons-le bien: cet arrêt ne s'explique que par le droit spécial et excessivement jaloux de la coutume de Normandie; il ne pourrait servir d'autorité dans les pays où le statut local ne serait pas prohibitif de tout régime autre que le régime dotal (4). Le

---

(1) Req., Dalloz, 31, 1, 51.

(2) *Junge* 29 avril 1834 (Dalloz, 34, 1, 231, req.).

(3) V. art. 539, 540 et 542 de la cout. de Normandie.

(4) V. *suprà*, n° 34.

parlement de Normandie avait toujours été très-attentif à protéger l'empire absolu de sa coutume contre les conventions venues du dehors et tendant à déranger les règles nationales relatives à la propriété des biens situés en Normandie. L'inaliénabilité des biens de l'épouse, leur conservation dans la famille pour soutenir le ménage, étaient considérées comme des points d'ordre public, qui n'admettaient pas de dérogation.

83. Là ne s'arrêtaient pas les soins jaloux de la coutume de Normandie. Après avoir protégé la femme contre la perte de sa dot, elle veillait à ce qu'elle ne s'enrichît pas, au-delà d'une certaine mesure, par le fait de son mari. En conséquence, elle ne permettait pas aux époux de substituer au régime dotal le régime de la communauté ; elle n'autorisait qu'une simple société d'acquêts, dans laquelle la femme n'avait droit qu'à une part inégale (1). Ceci avait donné lieu à plusieurs questions très-graves : le voisinage de la Normandie avec les pays de communauté, les alliances qui se contractaient avec des familles étrangères aux usages normands, les acquisitions de biens qui se faisaient par des époux parisiens dans le ressort de la coutume de Normandie, tout cela avait soulevé des difficultés statutaires, qui intéressaient à un haut degré la liberté des contrats de mariage.

84. La première question est celle-ci : un Pari-

---

(1) Art. 329, 330 et 389 de la cout. de Normandie.

sien et une Parisienne se marient à Paris sous l'empire de la coutume qui établit la communauté légale. Ils font des acquêts en Normandie, où la coutume prohibe la communauté, et n'autorise entre mari et femme qu'une société d'acquêts dans laquelle la femme ne peut prendre qu'une part des biens acquêtés, et rien de plus (1).

La difficulté vient de ce que la coutume de Normandie est prohibitive, et que les lois de cette espèce ont une autorité bien plus absolue que les autres (2). Je répète que pour lui conserver ce caractère prohibitif, le parlement de Normandie tenait avec fermeté que la coutume était réelle, et que par son caractère de réalité, elle fermait l'accès aux conventions qui auraient essayé de déranger les combinaisons légales qui présidaient à la possession et à la dévolution des immeubles. Ainsi, des époux normands qui, en Normandie, auraient stipulé la communauté dans leur contrat de mariage, auraient fait un acte nul, réprouvé par la coutume et la jurisprudence. Peu importe que dans les pays de droit écrit il ne fût pas défendu de stipuler une communauté (3). La coutume de Normandie était beaucoup plus jalouse ; elle ne voulait pas que les parties vinssent troubler son ordonnance par leur volonté (4).

---

(1) Art. 329 et 330.

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 1, n° 5.

(3) *Id.*

(4) *Id.*

Eh bien, cette rigueur doit-elle être étendue au Parisien qui se marie à Paris sous sa coutume nationale avec un contrat de communauté, et qui achète en Normandie? Basnage, malgré son affection pour la coutume normande, malgré son réalisme prononcé, confesse la négative (1).

En effet, combien ne serait-il pas facile à un mari parisien de frustrer sa femme, si l'on s'arrêtait à un autre sentiment! Il lui suffirait de faire tous ses acquêts en Normandie; et le droit de communauté de l'épouse vaincu par la coutume, ne serait qu'un ridicule mensonge. Non, il ne saurait être permis de se jouer ainsi de la foi des conventions; il ne faut pas qu'il soit au pouvoir d'un mari de s'emparer, par ce moyen oblique, de tous les profits de la communauté (2). D'ailleurs, en supposant que la coutume de Normandie s'opposât, en principe, à la communauté, ne faudra-t-il pas y revenir en pratique, par forme de dommages et intérêts, et indemniser la femme des espérances trompées qu'elle aurait fondées sur son contrat?

85. Il en serait de même alors que les parties se seraient mariées à Paris sans faire de contrat; la coutume qui établit la communauté dans le ressort parisien, équivaut à une convention (3). Les époux l'ont

---

(1) Sur l'art. 389.
Et Lebrun, liv. 1, t. 2, n° 3.

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 2, n°s 5 et 7.

(3) Lebrun, *loc. cit.*, 6, 7 et suiv.
Suprà, n°s 21, 22 et suiv.

prise pour leur règle; ils s'en sont référés à sa sagesse; ils n'ont pas cru devoir être plus prudents qu'elle (1). Et comme la coutume assure à la femme la communauté des acquêts, il s'ensuit qu'en quelque lieu que les acquêts soient faits, ils doivent entrer dans la communauté; sans quoi le mari serait maître de faire évanouir ce droit, en plaçant le siége de ses acquisitions sous l'influence d'une coutume hostile à la communauté. Or, une telle conséquence répugne à la justice et à la raison; elle montre ce qu'il y a d'absurde dans le système de la réalité, opposé, ici, avec une rigueur irréfléchie, à une convention légitime venue du dehors.

86. Mais si tels sont les vrais principes quand il s'agit de Parisiens ou autres étrangers à la coutume de Normandie, mariés hors de Normandie, leur donnerons-nous la même confiance, lorsque ce sera un Normand, lié à sa coutume par son domicile, qui ira épouser à Paris une Parisienne et lui promettra la communauté de biens?

Un arrêt du 12 mai 1595, rendu par le parlement de Paris et connu sous le nom de l'arrêt *Larchant* (2), décide que le sieur Larchant, natif de Normandie, où il avait ses principaux biens, s'étant marié à Paris sous le régime de la communauté con-

---

(1) *Suprà*, nos 21, 22 et suiv

(2) Louet, lettre C, somm. 16.
Lebrun, liv. 1, chap. 2, n° 14.

ventionnelle, devait partager par moitié avec sa femme, les acquêts qu'il avait faits en Normandie pendant son mariage.

Il existe cependant un arrêt du parlement de Paris, rendu en sens contraire, le 10 juin 1617, et resté célèbre sous le nom d'arrêt Fervaques (1).

Le maréchal de Fervaques, né en Normandie, y ayant conservé son domicile, sa principale terre et un commandement pour le roi, avait épousé, à Paris, une Parisienne, et avait stipulé une communauté avec elle. Il fut jugé que cette communauté ne s'étendait pas aux acquêts qu'il avait faits en Normandie.

Lebrun s'élève contre cet arrêt; il le signale comme inique et comme contraire aux derniers usages de la jurisprudence. C'est là le jugement d'un légiste parisien, qui a puisé dans l'étude de la coutume l'instinct du droit commun, et qu'aucun préjugé national ne rend ennemi de la liberté des conventions matrimoniales. Mais les Normands en jugeaient autrement : le sentiment dominant en Normandie était qu'en de telles circonstances, la femme parisienne, mariée en communauté, n'avait dans les acquêts normands que la part fixée par la coutume de Normandie, et non la part fixée par la coutume de Paris ou par le contrat de mariage (2). En soi, cette

(1) Brodeau sur Louet, lettre C, somm. 15.

(2) Arrêt de Rouen du 17 février 1827. Pourvoi rejeté, req., 4 mars 1829.
Dalloz, 29, 1, 166 et 167.

seconde opinion est assurément la moins équitable. Elle limite la liberté des conventions si nécessaire dans les mariages (1). Sous un autre point de vue, elle avait l'inconvénient de rendre les mariages plus difficiles entre les Normands et les femmes parisiennes (2); elle éloignait de la Normandie les grosses dots des pays voisins. Il est étonnant que le parlement de Normandie n'ait pas été frappé de cette grave raison d'intérêt public (3). Mais ce que le parlement craignait le plus, c'est que l'autorité de la coutume ne souffrît gravement de cette importation des coutumes du dehors par l'intermédiaire des femmes. Il s'attachait donc avec opiniâtreté au caractère prohibitif de la coutume de Normandie. Il ne voulait pas qu'un Normand pût faire, en pays étranger, ce que des raisons d'ordre public lui défendaient de faire dans son propre pays.

Quant à la femme qui s'alliait à un Normand, et qui, par là, suivait la condition de son mari, elle devait savoir qu'elle passait sous l'empire de la coutume de Normandie, en passant sous l'autorité d'un mari normand. Acquérant un domicile en Normandie, elle devait prévoir que les acquisitions de son mari se feraient de préférence en Normandie, auprès du foyer domestique, et autour de ses domaines

---

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n° 27.
(2) *Id.*, n° 28.
(3) *Id.*, n° 28.

héréditaires. Dès lors, elle ne devait pas être comparée à l'épouse du Parisien, qui n'achetait en Normandie que pour échapper, par un calcul dolosif, à la communauté conjugale. Si donc elle a stipulé la communauté, elle n'a fait que se briser sciemment contre les dispositions plus fortes de la coutume. Femme normande, elle doit se conformer à la coutume de Normandie ; les stipulations contraires de son contrat ne lui sont d'aucun secours.

Telle était la jurisprudence préférée en Normandie. Quand on avait pris la femme parisienne sous promesse de communauté, on la tenait, sans scrupule, pour non commune, aux termes de la coutume. La bonne foi était sacrifiée à l'empire du statut local. La liberté des conventions et la faveur du contrat de mariage cédaient le pas à l'esprit exclusif et prohibitif de la coutume.

87. Mais ne cessons pas de le répéter : il n'en était pas de même dans les pays où la loi nationale ne prononçait pas de prohibition. Ainsi, par exemple, dans les pays de droit écrit il n'était pas défendu de stipuler une communauté (1); à plus forte raison, les époux étrangers, mariés en communauté, qui faisaient des acquêts dans ces contrées, partageaient ces acquêts comme s'ils eussent été situés à

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 1, n° 5; chap. 2, n° 51.
L. 16, § 3, D., *De alimentis vel cib. legal.*

Paris (1). La liberté des conventions matrimoniales régnait plus victorieusement dans ces provinces qu'en Normandie (2).

88. Puisque nous avons mis un instant le pied dans le domaine de la coutume de Normandie et de ses prohibitions, nous voulons dire un mot d'une question qui en est la suite, et qui consiste à savoir si sous l'empire de la loi du 17 nivôse an 2, des époux normands ont pu valablement stipuler une communauté dans leur contrat de mariage, quoique le régime de communauté fût prohibé par la coutume de Normandie (3).

Jusqu'à ces derniers temps, la jurisprudence des Cours de Rouen et de Caen, confirmée par la Cour de cassation, avait décidé l'affirmative. De nombreuses communautés avaient été stipulées en Normandie depuis la loi du 17 nivôse an 2; généralement on avait pensé que cette loi levait les entraves coutumières, et rendait les époux à une liberté que le statut normand avait mis tous ses soins à limiter. Cette coutume de Normandie, qui se défiait à un si haut

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 2, nos 9, 10, 11 et 12.
Vigier sur Angoumois, art. 40.
Ragueau sur Berri, t. 8, art. 7.

(2) *Suprà,* nos 33 et 34.

(3) Il existe sur cette question une dissertation intéressante de Me Huet, avocat à la Cour de cassation. Il a parfaitement défini le caractère exclusif et prohibitif de la coutume de Normandie.

degré de la sagesse et de la bonne conduite de l'homme, et qui l'avait mis en curatelle perpétuelle pour conserver les biens propres dans les familles, avait été vaincue par les lois libérales de la révolution, et les habitants de la province de Normandie avaient accepté, avec empressement, cette émancipation. Il est certain que des milliers de contrats avaient introduit dans le mariage le régime de la communauté, régime de droit commun et de liberté ; l'on avait cru universellement, en Normandie, que la lutte si longtemps soutenue par le parlement de Rouen contre la communauté parisienne, avait été vidée, par la loi du 17 nivôse an 2, en faveur de la liberté (1). Notaires, avocats, magitrats, tout le monde, tant dans le ressort de la Cour de Rouen, que dans le ressort de la Cour de Caen, avait partagé une opinion si parfaitement d'accord avec l'esprit de la Convention nationale, et avec la faveur due à la communauté, avec la liberté du contrat de mariage.

Mais tout d'un coup la jurisprudence a changé après environ un demi-siècle ; et trois arrêts de la Cour de cassation, des 10 février 1841 (2), 4 décembre 1844 (3), et 31 décembre 1845 (4), ont décidé

(1) Cass. req. 29 février 1832.
Dalloz, 32, 1, 374.

(2) Devill., 41, 1, 234.

(3) Dal., 46, 1, 48.

(4) Dal., 46, 1. 24.
Devill., 46, 1, 111.

que la loi du 17 nivôse an 2, n'étant relative qu'aux transmissions de biens par donations ou successions, n'avait abrogé que les statuts relatifs à ces transmissions, et qu'elle avait laissé subsister la disposition de la coutume de Normandie, prohibitive de la communauté et de tout ce qui peut porter atteinte à l'inaliénabilité qui est de l'essence du régime normand (1).

Ces arrêts ont porté la perturbation dans les intérêts de famille ; j'ai entendu beaucoup de plaintes, j'ai vu de graves dommages et de profondes inquiétudes causés par un revirement si subit, si imprévu, si contraire à l'opinion dominante. Sous le rapport du texte cependant, il est bien difficile de ne pas reconnaître la force de l'argument de la chambre civile. Mais, d'un autre côté, si l'on pénètre dans l'esprit de la coutume de Normandie ; si l'on réfléchit que ses prohibitions, en matière de contrat de mariage, n'étaient qu'un des anneaux de cette chaîne savamment dressée pour conserver les propres ; que c'était l'un de ses moyens pour arriver à son but, hostile à la liberté ; on ne comprend pas pourquoi, lorsque le système est renversé dans sa base, on laisserait debout un de ses débris secondaires.

---

(1) Un arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1818 (Devill., 5, 1, 459), que l'on cite comme rendu dans le même sens que les précédents, n'a pas cette portée ; le contrat de mariage était antérieur à la loi du 17 nivôse an 2, et l'on voulait en modifier le régime par cette loi.

La ruine du système n'a-t-elle pas dû entraîner les appuis dressés pour le soutenir ?

89. Ces détails terminent ce que nous voulons dire de la liberté des contrats de mariage, mise en regard de certaines lois prohibitives.

Nous n'ajouterons qu'une réflexion. La liberté est le droit commun, la prohibition est l'exception. En général, on donnera la préférence à la liberté sur la prohibition, et on ne fera fléchir les arrangements du contrat de mariage que devant des raisons suprêmes. Mais quelles que soient les prérogatives de la liberté, elle ne saurait aller jusqu'à faire un mélange informe et bizarre de la communauté et de la dot. Ces deux régimes ont des caractères propres ; ils sont séparés par des barrières reconnaissables ; ils ont été donnés à la liberté pour satisfaire des besoins légitimes, et non pour jeter le chaos dans le régime matrimonial et le trouble dans le crédit. Les époux ne sont souverains pour régler leur association que sous la condition de respecter les lois, les bonnes mœurs et l'essence des choses. Dans les rapports avec les tiers surtout, les époux ne doivent pas oublier que leurs conventions sont, en général, *res inter alios acta;* qu'elles ne réfléchissent sur ceux-ci, que dans la mesure du droit commun et de la loi positive ; que si le public est intéressé aux contrats de mariage, de telle sorte que ce pacte soit une charte offerte au crédit, c'est une raison de plus pour n'y donner autorité qu'aux dispositions approuvées par les principes, et

compatibles avec les règles de la confiance, de la bonne foi, de la raison.

90. Le contrat de mariage est du nombre des contrats accessoires, en ce sens qu'il accède au mariage, à cette union des personnes dont la religion a fait un sacrement et dont la loi a fait plus qu'un contrat ordinaire. Il n'existe qu'avec le mariage, il n'existe pas sans lui. Mais il a cela de particulier que lorsqu'il est l'ouvrage de la volonté solennelle des parties, il doit nécessairement précéder le mariage, et qu'il l'accompagne quand il est l'œuvre de la volonté tacite; il ne peut jamais lui être postérieur (1).

Il suit de là que le contrat de mariage est subordonné à cette condition tacite, que le mariage aura lieu (2). *Dotis promissio*, dit Papinien, *futuri matrimonii tacitam conditionem accepit* (3); et Ulpien : *Hanc habet conditionem*, SI MATRIMONIUM FUERIT SECUTUM (4), de telle sorte que si le mariage manque, les conditions matrimoniales sont caduques (5). Supposons, par exemple, que, le mariage étant arrêté et les pactes matrimoniaux conclus, la femme, dans ce légitime

---

(1) Pothier, n° 11.
(2) Art. 1088 C. civ. Pothier, n° 17.
(3) L. 68, D., *De jure dotium.*
(4) L. 10, § 4, D., *De jure dotium.*
(5) Paul, l. 41, § 1, D., *De jure dotium.*
Pothier, Pand., t. 2, p. 27.
Cujas sur cette loi, au liv. 35, de Paul, *ad Edict.*
Infrà, n° 335.

empressement qu'explique son affection, et que Macrobe appelle quelque part *festinatio votorum*, livre a son mari une partie de sa dot : si le mariage est rompu, la femme aura la répétition de ce qu'elle a payé dans une espérance qui a été déçue (1).

91. Il y a plus : lors même que le mariage aurait été effectué, s'il est nul, les conventions matrimoniales ne sauraient plus subsister. *Sine nuptiis dos non est,* dit Cujas en commentant Papinien (2). C'est la décision expresse de Justinien : *Si adversus ea quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos, intelligitur* (3). La nullité du mariage entraîne nécessairement la nullité des conventions matrimoniales et de tous les avantages stipulés. Il y a *defectus conditionis.* Un mariage nul n'est pas cette union indissoluble et de toute la vie, qui seule purifie le contrat de la condition : *si nuptiæ sequantur.* La femme ne peut réclamer ni ses avantages ni sa communauté, l'homme doit rendre à la femme tout ce qu'il a reçu d'elle (4).

Par exemple, si le mineur contracte mariage avant

---

(1) Cujas, *loc. cit.*

(2) Sur la loi 68 précitée (*Lib.* 10, *Quæst.*).

M. Merlin, v° *Conventions matrimoniales*, § 1, p. 176 et 177.

(3) Instit., *De nuptiis*, § 12.

(4) Pothier, *loc. cit.* n° 20.

V. Proculus, l. 67, D., *De jure dotium*, et arg. de ce que dit Ulpien, l. 39, D., *loc. cit.*

Infrà, n°s 335 et suiv.

l'âge légal, et qu'il vienne à décéder dans cet état d'impuberté sans que le mariage ait été convalidé par les circonstances énumérées dans l'art. 185 du Code civil, les conventions de son contrat de mariage n'ont pas d'effet (1).

92. Toutefois, il faudra avoir égard à la bonne foi de l'autre époux. C'est ce que décide Ulpien dans la loi 11, § 4, D, *Quod falso tutore*. Un mari ayant épousé une femme impubère, avait reçu de son père ou de son tuteur une dot, avec condition qu'il la gagnerait en partie ou en totalité. L'épouse décède bientôt après. Si le père ou le tuteur ont cherché à tromper le mari de bonne foi, ce dernier pourra les repousser par l'exception *doli mali* lorsqu'ils viendront répéter la dot. Cette décision rentre dans le système consacré par l'art. 201 du Code civil (2). La bonne foi a sur le mariage et sur ses effets civils, une influence commandée par l'intérêt public autant que par l'intérêt privé (3).

93. Que si le mariage, nul en principe, avait été

---

(1) Arrêt du 23 décembre 1621 (Montholon, arrêt 138).
Boerius, *decis.*, 22, n° 37.
D'Argentré sur Bretagne, art. 429. glose 4, n° 5.
Lebrun, liv. 1, chap. 4, n° 31.
Cujas, *loc. cit.* sur le liv. 10 des *Quæst.* de Papinien.
Infrà, n° 337, je reviens là-dessus.

(2) MM. Duranton, t. 14, n° 6.
Rodière et Pont, t. 1, n° 161

(3) *Infrà*, n° 335.

validé et ratifié légalement, la convalidation postérieure serait suffisante pour faire valoir le contrat. On n'applique pas ici la fameuse règle de Caton : *Quod ab initio nullum est non potest tractu temporis convalescere*. Valable en lui-même, le contrat de mariage est complété par l'accomplissement de la condition à laquelle il est soumis. Un mariage valable en définitive est venu s'ajouter au contrat muni désormais de tous ses éléments de validité. Telle est la doctrine fort bien développée par Cujas sur Papinien (1).

94. Nous venons de parler du cas où le contrat de mariage, quoique valable en soi, s'écroule par défaut de mariage, ou s'applique à un mariage nul. Renversons maintenant cet ordre de rapports, et supposons que le mariage soit valable en soi et que le contrat de mariage soit nul. C'est le cas des art. 1387, 1389 et 1390 du Code civil (2). Les défectuosités du contrat de mariage n'exercent pas sur le mariage une réaction pareille à celle qu'exerce le vice du mariage sur le contrat. Le vice du mariage fait évanouir le contrat; les défectuosités du contrat ne font pas évanouir le mariage ; car le mariage subsiste par lui-même. L'on scinde alors les choses : on sépare le mariage du contrat ; on laisse subsister le mariage; on annule les conventions matrimoniales qui y sont attachées.

---

(1) L. 68, D., *De jure dot.* (lib. 10, *quæst. Papin.*). *Junge* M. Merlin, v° *Conventions matrimoniales*, § 1, p. 176 et 177.

(2) *Infrà*, n° 115.

La raison de ceci s'explique de soi-même : quand le mariage est valable en soi et que la nullité ne résulte que de certaines infractions dont le contrat de mariage est seul infecté, il est clair qu'il n'y a aucune solidarité à établir entre le mariage même et le contrat de mariage. Personne n'est censé ignorer la loi ; en faisant un contrat de mariage nul, à côté d'un mariage valable, les époux sont censés avoir accepté toutes les chances de cette situation : il serait contraire aux règles du bon sens que la validité du mariage sauvât la nullité des conventions matrimoniales. La loi doit avoir sa sanction ; cette sanction est, ici, la nullité du contrat civil, qui a bravé les dispositions de la loi. Sans doute, le mariage a eu pour condition les conventions intéressées renfermées dans le contrat qui a réglé la dot. Mais si cette condition du mariage est contraire à la loi, elle sera présumée non écrite. Telle est la règle suivie en matière de donation et de testament (1) ; elle est surtout importante en matière de mariage. Assurément, quelque liaison qui existe entre le mariage et le contrat de mariage, personne ne soutiendra qu'un mariage, valable en soi, doive se trouver affecté par les nullités dont le contrat, seul, est atteint ; personne ne poussera l'absurdité de la logique jusqu'à prétendre que, puisque le mariage n'aurait pas eu lieu sans les conventions relatives aux biens, il s'ensuit que la nullité de ces conventions entraîne la nullité du mariage lui-même. C'est tant pis pour les parties qui ont fait

(1) Art. 900.

entrer dans leur mariage des conditions impossibles, contraires aux mœurs, attentatoires à l'ordre public, réprouvées d'avance par la loi. Le mariage reste, les conditions tombent; il n'y a là rien qui ne soit usuel dans le droit, et conforme aux principes; *utile non vitiatur per inutile*. Les parties l'ont d'ailleurs voulu; ce sont elles qui ont fait cette division de deux choses qui sont destinées à marcher ensemble; ce sont elles qui, en se mariant valablement, ont fait des pactes antérieurs non valables.

Jusqu'ici donc, tout est simple, clair, évident, et, à ce point de vue, rien de plus facile à comprendre que l'isolement du mariage du contrat de mariage.

95. Mais voici le point où commence une difficulté sérieuse:

Un mariage peut avoir été altéré dans l'origine par certains vices de consentement, qui lui sont communs avec le contrat de mariage. Or, les vices de consentement se couvrent facilement en ce qui concerne le mariage. Seront-ils également couverts en ce qui concerne le contrat de mariage? ou bien, le mariage sera-t-il seul ratifié, et le contrat de mariage sera-t-il exposé aux voies de nullité? Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner quelques hypothèses.

96. Nous parlions tout à l'heure du mineur qui s'est marié avant l'âge (1). Si ce mineur arrive à l'âge

(1) N° 91.

où, d'après l'art. 185 du Code civil, son mariage est validé, ses conventions matrimoniales le seront aussi. Devenu habile au mariage, il a été rendu tel pour les clauses que contient son contrat. C'est la décision de Lebrun (1), et cette décision est excellente : le mariage et le contrat forment un tout dont il ne serait pas bon de scinder les deux parties. La stabilité donnée au mariage par des raisons faciles à comprendre, s'étend aux conventions qui l'ont précédé et qui en ont été la condition; car qui veut la fin veut les moyens. Il ne saurait y avoir deux lois différentes pour deux choses si intimement liées et souffrant du même vice. Ce qui est apte à rendre valide l'union des personnes, est également apte à consolider le pacte relatif à leurs intérêts. Comment en effet le mariage serait-il parfaitement cimenté, si l'on commençait par ériger entre les époux des nullités d'acte, des conflits d'intérêt, des causes de procès? La ratification n'est efficace qu'autant qu'elle ne distingue pas. Autant vaut séparer les époux que les laisser en proie à la discorde. Voudrait-on que ce fût l'époux qui, durant le mariage, demandât la nullité? Mais le législateur a-t-il été assez imprudent pour exiger que des époux qu'il réunit, soient brouillés d'intérêt? ou bien serait-ce après la dissolution du mariage qu'on ouvrirait l'action en nullité ? Mais sera-t-il permis à des collatéraux de venir troubler les souvenirs d'un mariage bien concordant ?

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 4, n° 32, p. 38.

97. Ces graves considérations n'ont pas échappé à Lebrun, jurisconsulte qui unissait à un savoir souvent très-élevé une grande expérience des affaires. Mais son opinion a été ignorée des interprètes du Code civil ; de sorte qu'en abordant sans la connaissance des précédents la question qui nous occupe, ils sont allés se perdre dans l'application de principes étrangers à la matière. Ainsi, étant donné un mariage nul pour défaut d'âge, ils enseignent que, quelle que soit la ratification qui a couvert le mariage (1), la femme qui a contracté cette union au-dessous de 15 ans, pourra, en vertu de l'art. 1312 du Code civil, renverser les promesses d'avantages ou de donation qu'elle aurait faites à son mari (2). Mais en traitant le contrat de mariage comme un contrat ordinaire, ils ne font pas attention qu'entre cet acte et l'action en nullité, autorisée par l'art. 1312, il y a un mariage qui en a été le complément, et qui, se trouvant ratifié, ne souffre pas de sujet de dissension entre les époux. Or, cette ratification, qui vient couvrir l'union conjugale, au grand profit de la société, de la famille et des époux eux-mêmes, serait imparfaite si elle ne sauvait pas, par des fins de non-recevoir protectrices, les pactes qui se rattachent au mariage. Ces deux personnes que la loi oblige de rester unies d'affection, ne doivent pas être placées

---

(1) Art. 185 C. civ.

(2) MM. Duranton, t. 14, n° 9.
Odier, t. 2, n° 605.

en opposition sous le rapport des intérêts ; car, comme le disent très-bien les empereurs Valérien et Gallien : « *Oportet præferre lucro concordiam maritalem* (1). » Ce ne sont pas des étrangers, entre lesquels les affaires troublent si souvent l'amitié. Ce sont des époux devant qui s'abaissent les rigueurs du droit strict : *inter eos, res non sunt amarè tractandæ*. L'époux avait six mois, à partir du moment où il avait acquis l'âge compétent, pour demander la nullité de son mariage (art. 185) ; il a gardé le silence, il a approuvé cette union prématurée au moment où il pouvait la juger avec discernement. Eh bien ! cette ratification du mariage ratifie aussi le pacte matrimonial ; il n'y a pas de raison pour scinder une volonté qui embrasse et le contrat et l'acte civil et religieux. L'époux a gardé le mariage par affection pour l'autre époux. Cette affection fait supposer également qu'il a voulu maintenir les pactes qui en découlaient (2).

98. C'est par ces motifs que nous résolvons cette autre question, posée par quelques interprètes du Code civil, et qui n'est que la même difficulté reproduite avec des nuances différentes (3).

Un mineur a fait un mariage dans lequel il n'a pas été assisté des personnes dont le consentement lui est nécessaire pour que cet acte soit valable ; son contrat de mariage a été affecté de la même nullité (4);

---

(1) L. 5, C., *De instit.*

(2) V. *infrà*, 99, 100 et suiv.

(3) *Infrà*, n° 285.

(4) Art. 1398, 1095 et 1309.

mais il arrive que ce mineur ratifie ce mariage, et qu'à partir du moment où il a acquis l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage, il laisse écouler un an sans réclamer (1) : cette ratification emportera-t-elle celle du pacte matrimonial?

La négative est enseignée par les auteurs que j'ai déjà réfutés (2). Suivant eux, ce mineur pourra revenir contre ses conventions matrimoniales, les faire déclarer nulles, faire rentrer son association sous le régime de la communauté légale. Ils séparent le mariage et les conventions matrimoniales. Le mariage est ratifié par le droit propre au mariage ; le pacte matrimonial reste soumis aux nullités du droit commun.

Mon opinion est tout à fait opposée à cette solution ; et je dis que le mineur qui a gardé le silence pendant l'année qui lui est donnée pour réclamer, ratifie aussi bien son contrat de mariage que son mariage même. L'art. 1398 se trouve nécessairement écarté par une fin de non-recevoir insurmontable. Ne donnons pas à l'affection conjugale la marche tortueuse des intérêts vulgaires ; ne prêtons pas à cet époux des calculs intéressés que n'autorise pas la détermination qu'il a prise. Il s'est complu dans son mariage, il y a persisté ; il a donc persisté aussi dans les pactes qui en ont été la préparation. L'amitié qui

(1) Art. 183 C. civ.

(2) MM. Duranton, t. 14, nos 9 et suiv.
Pont et Rodière, t. 1, n° 162.
Odier, t. 2, n° 610.

a fait maintenir le mariage, fait maintenir aussi les conventions sous l'influence desquelles le mariage a été fait. C'est ce qui a été jugé par arrêt du parlement de Paris du 17 juin 1638, rendu sur les conclusions conformes de Talon, avocat général. Un mineur s'était marié. sans l'assistance et le consentement de ses parents, avec une femme de 30 ans ; plus tard, il se pourvut en nullité de son mariage et en rescision de son contrat ; mais il fut débouté : « La » rescision serait trop périlleuse, disait l'avocat de » la femme, surtout à l'égard des filles, lesquelles, » après la perte de leur virginité, n'ont plus rien à » perdre » (1).

99. Ce que nous disons du mineur, nous le dirons de l'insensé qui contracte mariage (2), tous ces points se liant par les mêmes raisons. Nous trouvons ici des précédents d'un intérêt et d'une gravité considérables, et qui doivent d'autant plus avoir place ici, que les interprètes du Code civil les ont passés sous silence. On n'aura pas de peine à en voir l'utilité.

Un homme atteint d'idiotisme, ou en état d'imbécillité et de folie, se marie ; il fait un contrat de mariage avec celle qui se dévoue à lui : les fins de non-recevoir qui sauvent le mariage de la nullité, sauvent, par identité de raison, le contrat de mariage (3) ; car, je le répète, le législateur qui a voulu la fin, a voulu nécessairement aussi les moyens.

---

(1) Bardet, t. 2, liv. 7, chap. 30.

(2) Art. 174 et 184 C. civ.

(3) Arg. des articles 175 et 184 ; *infrà*, n° 117.

D'anciens arrêts ont pleinement établi ce point.

100. Le premier est un arrêt du parlement de Paris, du 26 mars 1604. Un sieur Nicolas Gambert, imbécile, avait épousé Marie de Mercy; le mari avait de la fortune, et la femme en était entièrement dépourvue. Le contrat de mariage contenait des pactes avantageux à l'épouse ; il fut déclaré valable.

Le célèbre avocat général Servin, qui porta la parole dans cette affaire, après avoir fait sentir la nécessité de ne pas porter légèrement atteinte à des actes aussi graves, après avoir montré la faveur que peut mériter souvent le mariage d'un insensé, toucha le point relatif à la validité du contrat ; et sans prétendre en aucune manière qu'il fût nul, il émit cependant l'avis qu'en pareil cas les contrats de mariage devaient être réduits à ce qui était d'usage.

« Bien que l'insanie soit une inconstance qui » manque de santé, pourtant elle peut suffire pour » garder la médiocrité des offices et le commun en» tretien et ordinaire de la vie, mêmement pour » l'acte et société du mariage, qui est un acte plus » naturel que civil, c'est-à-dire du droit de la nature, » et non des lois civiles, dont les esprits faibles ne » sont point incapables... Il n'y a pas longtemps » que ce cas a été jugé par un arrêt mémorable en » une cause qui fut plaidée par Mes Aimé Robert » et Claude Duret, avocats, touchant le mariage » d'Annibal Gautier, du pays d'Anjou, débile d'es» prit, duquel l'infirmité parut en pleine audience » par l'inspection de sa personne et par son lan-

» gage; et néanmoins le mariage contracté avec lui » par une fille d'honneur, *bien qu'elle ne fût riche,* » fut déclaré valable. Tellement qu'après cet arrêt » il n'est plus à propos de disputer en fait sem» blable. — Vrai est qu'en telles causes la Cour a or» donné que les parents s'assembleraient pour régler » les conditions des contrats de mariage, en les ré» duisant à ce *qui est de la disposition de la loi écrite,* » *et des statuts et coutumes....*

» Plus un homme est faible et infirme, comme » l'est Nicolas Gambert, plus un tel secours lui est » nécessaire (1). »

En conséquence, Servin concluait à la validité du mariage, sauf à régler les conventions matrimoniales ainsi que de raison.

Mais l'arrêt du parlement de Paris du 26 mars 1604, en maintenant le mariage de Nicolas Gambert, n'adopta pas les conclusions de Servin en ce qui concerne les conventions matrimoniales. Le contrat de mariage suivit le sort du mariage, il fut validé avec le mariage; et cependant, je le répète, la femme *n'avait rien et était sans moyens* (2).

101. Il faut reconnaître, en effet, que le tempérament proposé par Servin n'était pas sans difficulté, et il est probable que la Cour en fut frappée. Réunir les parents pour refaire un contrat de mariage après

---

(1) Liv. 3, chap. 101.
(2) Servin, *loc. cit.*

coup, était chose trop contraire aux habitudes les plus antiques de la jurisprudence française et à la stabilité des conventions matrimoniales ; reviser leur contrat pour le corriger et l'amender, c'était aller contre le vœu des époux, et leur imposer un contrat malgré eux (1). L'arrêt du 26 mars 1604 confirma donc le contrat de mariage, et je regarde sa décision comme excellente.

102. Cet arrêt n'est pas le seul ; Lebret en cite un autre du mois de février 1618 (2), qui ordonna que la veuve de l'insensé aurait son douaire.

103. A ces deux arrêts se joint l'autorité d'une autre décision émanée d'un autre parlement non moins renommé que le parlement de Paris par sa sagesse et son savoir, le parlement de Provence. Il existe, en effet, un arrêt du parlement d'Aix, du 12 mai 1645, dans une espèce où Anselme, imbécile mais non furieux, avait épousé une chambrière, avait confessé avoir reçu d'elle trois cents livres, quoiqu'il n'eût rien reçu, et lui avait donné l'usufruit de tous ses biens en cas de survie, et elle rien : le mariage et le contrat furent validés et confirmés (3). « Car, dit l'arrêtiste, le mariage est l'action des sages » du monde, et celui qui a quelque faiblesse a pu » vouloir prendre de l'appui et du secours en une

(1) V. *infrà*, n°s 104 et 218.
(2) Liv. 1, déc. 5.
(3) Boniface, t. 1, liv. 5, t. 5, chap. 2.

» femme, qui pouvait le guérir et le remettre (1). »

104. Ainsi, dans l'ancienne jurisprudence il paraît constant que le contrat de mariage de l'insensé suivait le sort de son mariage même; et l'équité s'accorde avec cette solution. Car il n'est pas juste d'enlever à une femme qui a supporté avec résignation le poids d'un mariage souvent bien triste, les avantages qui en sont la compensation. Ces avantages sont une rémunération de ses soins; il y aurait de l'ingratitude à les lui dérober.

Je ne connais d'autorité de nature à balancer un peu la force de ces précédents, qu'un arrêt du parlement de Normandie du 15 mai 1671 (2), qui considère comme non avenue la clause du contrat de mariage d'un prodigue par laquelle cet individu avait consigné actuellement la dot de sa femme sur ses immeubles, clause très-grave, qui attribuait à l'épouse des droits exorbitants, et dont les jurisconsultes normands les plus accrédités signalaient les abus et l'énormité.

J'ajoute que Fevret (3), suivant l'opinion de Servin, enseigne que le juge peut réduire les conventions matrimoniales sur le pied de la coutume locale, ou autrement, *ainsi qu'il se doit par raison* (4). Mais on

---

(1) Boniface, t. 1, liv. 5, t. 5, chap. 2.
(2) Basnage sur Normandie, art. 365, t. 1, p. 602. *Infrà*, n° 297.
(3) Liv. 5, chap. 8, n° 37.
(4) *Junge* M. Merlin, v° *Prodigue*, § 5.

a vu combien d'inconvénients sont attachés à cette doctrine, et combien les parlements étaient peu disposés à profiter de cette latitude.

105. Il existe cependant un arrêt de rejet de la chambre des requêtes du 28 septembre 1831 qui, sur le rapport de M. Mestadier, semble consacrer des principes contraires. Mais remarquons-le tout de suite : d'une part, il y avait en fait des circonstances peu favorables à la femme ; c'est à peine si elle avait vécu avec son mari, et ce n'est pas elle qui avait soulagé, par ses soins, ses infirmités et sa vieillesse ; d'un autre côté, on ne fit pas valoir dans l'intérêt de la défense de cette femme, les autorités que nous venons de rappeler.

En 1791, un prêtre nommé Foucauld, interdit déjà depuis quelque temps pour aliénation mentale, se maria, âgé de 64 ans, avec une fille de 17 ans, nommée la demoiselle Devilliers. La future se constitua une dot de 14,800 francs ; une communauté fut stipulée, et les époux se firent réciproquement don, en cas de survie, de la totalité de leur fortune. La famille de l'abbé Foucauld ne le laissa pas longtemps livré à son épouse ; elle le plaça dans une maison de santé. En 1802, il mourut chez son frère.

Ainsi, l'on voit déjà ce qu'il y avait de défavorable dans la cause de l'épouse. Elle n'avait pas seulement épousé un prêtre, un insensé, un vieillard ; mais elle avait bientôt consenti à se séparer de lui ; elle l'avait laissé à ses propres parents ; elle avait abdiqué les devoirs d'épouse à tel point qu'elle ignora jusqu'en

1825, la destinée de celui auquel elle s'était unie. Ce n'est qu'en 1825 qu'instruite de ce qu'il était devenu, elle réclama ses droits matrimoniaux. Elle l'avait négligé pendant sa vie ; elle se souvint de lui après sa mort, alors que l'intérêt, seul, était le mobile de cette tardive réminiscence.

La validité de son mariage fut contestée par les représentants de l'abbé Foucauld ; mais le tribunal de première instance, sans s'occuper de cette question, se borna à ce point, savoir, que l'interdiction étant prouvée, l'abbé Foucauld était incapable de disposer de ses biens à titre gratuit : il annula, en conséquence, le don mutuel. Sur l'appel, un arrêt de la cour de Paris du 10 juillet 1825 confirma cette décision. Les motifs sont que l'abbé Foucauld n'avait pas cessé un instant d'être en état de curatelle, et qu'il avait été incapable de disposer de ses biens, surtout à titre gratuit.

Dans son pourvoi en cassation, la dame de Foucauld, après avoir fait valoir sa bonne foi, montrait ce qu'il y avait d'irrégulier dans la marche suivie : On laisse subsister mon mariage, disait-elle, on reconnaît qu'on est non-recevable à l'attaquer, et cependant on annule mon contrat de mariage. Mais, comme M. Merlin l'a si bien dit : « La même fin de non-recevoir qui a été jugée nécessaire pour couvrir le lien » conjugal, l'est nécessairement aussi pour couvrir la » donation mutuelle qui avait précédé la formation » de ce lien » (1). Le contrat de mariage et le mariage

---

(1) Rép., v° *Conventions matrimoniales*, p. 172.

sont indivisibles relativement à la capacité des parties.

Malgré ces raisons, qui auraient pu être fortifiées par des exemples et des autorités d'un plus grand poids, le pourvoi fut rejeté; et toutefois M. le rapporteur reconnaissait dans ses observations « qu'il » semble contraire à la raison d'admettre la possi- » bilité du consentement pour le mariage, et de » le refuser pour le contrat passé le même jour. »

Quoi qu'il en soit, voici les motifs de l'arrêt de rejet (1) :

« Attendu que le fait de l'interdiction, prouvé de- » vant la cour royale, tenu pour constant par l'arrêt » attaqué, ne peut être révoqué en doute par la cour » de Cassation ; que l'interdiction est une preuve » légale de la démence, et que la nullité des disposi- » tions faites par l'interdit est une conséquence de la » preuve légale du défaut de consentement ;

» Attendu que le mariage et le contrat qui en » règle les conventions purement civiles, ne sont » pas et ne doivent pas être rigoureusement soumis » aux mêmes règles : en effet, le mariage tient essen- » tiellement à l'ordre public et au droit public, tandis » que les conventions civiles ne peuvent être régies » que par le droit civil, et souvent les mariages ont » été privés des effets civils sans être annulés ;

» Attendu qu'il n'existe aucune loi qui ait telle- » ment lié le contrat de mariage et le mariage, *qu'il*

(1) Dal., 32, 1, 28.

» *soit légalement impossible* de maintenir le mariage » sans maintenir aussi les conventions civiles;

» Qu'ainsi, en annulant, dans l'intérêt des héri- » tiers, les dispositions faites par un interdit, quoique » faites dans un contrat de mariage, l'arrêt, loin de mé- » connaître les règles du droit civil, en a, au contrai- » re, fait une juste application; par ces motifs, rejette. »

Nous reviendrons tout à l'heure sur cette doctrine. Pour le moment, nous nous bornerons à faire remarquer que l'arrêt de rejet du 28 décembre 1831 a été rendu sur des faits antérieurs au Code civil, et nous le mettons en regard des deux arrêts du parlement de Paris et de l'arrêt du parlement d'Aix, cités aux n°s 98 et 99 (1).

106. Venons maintenant à la jurisprudence du Code civil.

Un sieur de Corbie, interdit depuis le 29 août 1816, épousa le 5 mai 1817 la veuve Dupuis. Le contrat reconnaît que l'épouse a fait un apport de 66,000 fr.; il lui fait donation de tout ce dont le futur peut disposer.

De Corbie décéda le 10 juillet 1817. Une fille qu'il avait eue d'un premier mariage, demanda la nullité du mariage et de la donation. Mais un jugement du tribunal de la Seine, du 19 août 1820, repoussa cette double action, maintint le mariage, maintint la donation, et cette décision fut confirmée par arrêt

---

(1) V. *infrà,* n°s 120, 114 et 115.

de la Cour de Paris, du 8 décembre 1821 (1).

Comme ces décisions sont inédites, je veux, à raison de leur importance, les publier ici ; elles rentrent pleinement dans le système des arrêts du parlement de Paris et du parlement de Provence.

Voici donc les motifs du jugement de première instance confirmé par la Cour :

« Relativement à la nullité du contrat de mariage,

» Attendu que de Corbie, ayant pu valablement » contracter mariage, a pu valablement aussi passer » l'acte qui en contient les conditions civiles ; que » plusieurs de ces conditions, d'un usage géné» ral dans ces sortes de contrats, sont licites et ne » peuvent être annulées ; que celles-là seulement » peuvent être déclarées nulles qui sont contraires à » la loi ;

« Relativement à la donation portée en ce contrat » de mariage en faveur de la veuve Dupuis (l'épouse),

» Attendu que la donation est restreinte par le con» trat à ce dont la loi permettait à de Corbie de dis» poser ;

» Par ces motifs, etc. »

107. Voici maintenant une dernière espèce ; ayant eu à la traiter comme rapporteur, je crois utile de la faire connaître avec détail. La discussion qu'on va lire, et qui du reste est inédite en partie (2), mettra

(1) Ces décisions sont mentionnées dans Dalloz, 33, 1, 324; mais les motifs ne s'y trouvent pas.

(2) La *Revue de législation* a publié un fragment de mon rapport, t. 11, p. 53.

le lecteur à même de former son opinion en connaissance de cause.

Le 29 juillet 1810, F. Seignère épousa Marguerite Magaud. Par le contrat de mariage, les futurs se font une donation de tous les biens meubles et immeubles dont le prémourant se trouverait saisi.

En 1837, un frère et une sœur utérins de Seignère poursuivirent son interdiction. Elle fut prononcée par un jugement du tribunal de Gannat, du 2 février 1838, par la raison qu'il était prouvé que, depuis son enfance, Seignère était dans un état d'imbécillité absolue.

Appel de Seignère. Arrêt du 15 mai 1835, émané de la Cour royale de Riom, qui confirme. Seignère meurt sur ces entrefaites.

Alors, le 25 juin 1838, les frère et sœur utérins de Seignère, se fondant sur l'article 503 du Code civil, demandent la nullité de la donation insérée au contrat de mariage de leur frère. La cause de l'interdiction (disent-ils) existait notoirement avant l'interdiction. C'est depuis son enfance que Seignère était privé de l'usage de ses facultés intellectuelles. Il y a donc lieu d'annuler une donation qui n'a pas été l'ouvrage d'un homme sain d'esprit.

La veuve Seignère opposa une fin de non-recevoir à cette action. Elle dit à ses adversaires : « Vous êtes » des collatéraux; vous n'avez pas droit d'attaquer » le mariage : vous ne pouvez donc attaquer le con- » trat dont le mariage a été la condition. »

Jugement du tribunal de Gannat qui, sans s'arrêter à ce moyen, ordonne aux collatéraux de prouver

qu'à l'époque de 1810, Seignère n'était pas sain d'esprit.

Appel par la veuve, et, le 17 juillet 1839, arrêt de la Cour royale de Riom qui confirme. Il se fonde sur l'article 503 du Code civil, qu'il applique au contrat de mariage (1).

La veuve Seignère se pourvut en cassation. Voici le résumé de ses moyens.

Il est certain que, d'après les articles 174 et 184, les collatéraux ne peuvent faire annuler le mariage d'un insensé. Or, quel est le but de l'action en nullité de mariage intentée par des collatéraux ? c'est de faire tomber les conventions civiles : ils n'ont pas d'autre intérêt. L'attaque contre le mariage est le moyen ; la chute du contrat est le but. Donc, puisque le moyen manque (et il manque dès l'instant que le mariage est inattaquable), le contrat doit rester sain et sauf. Quoi ! un époux aura reçu des soins de son conjoint pendant dix, quinze, vingt, trente ans, et, au bout de ce temps, des collatéraux viendront ravir à celui qui se sera ainsi sacrifié, la récompense de son dévouement !

Le mariage est indissoluble ; le contrat de mariage doit l'être aussi. Les considérations de fortune ont la plus grande influence sur les mariages. Avant de devenir un échange de devoirs, le mariage est d'abord une combinaison d'intérêts : de là, l'irrévocabilité des contrats de mariage.

---

(1) V. le texte de cet arrêt dans Devill., 40, 2. 6.

Que fait au contraire l'arrêt attaqué? il divise le mariage et le contrat; il fait une règle pour les personnes, une règle pour les intérêts. C'est oublier que les conventions matrimoniales ont été la condition du mariage, qu'elles intéressent l'avenir d'un époux de bonne foi ainsi que ses enfants et la famille.

L'article 503 du Code civil n'est pas ici une objection.

Si on le prenait à la lettre, comme le fait la Cour de Riom, il faudrait annuler le mariage lui-même. Or, tout le monde convient que rien n'est plus impossible. Donc, les conventions matrimoniales échappent aussi à l'article 503 à cause de leur intime affinité avec l'union conjugale.

Qui ne connaît d'ailleurs la règle : *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*. Elle est consacrée par l'article 1309 du Code civil : c'est une règle de raison.

Enfin, la dame Seignère a été de bonne foi, on ne le conteste pas; et l'article 202 du Code civil veut qu'on respecte les effets civils d'un mariage nul quand la bonne foi y a été (1). Combien, à plus forte raison, quand le mariage est valide et inattaquable par rapport aux collatéraux.

Cette affaire m'ayant été distribuée comme rapporteur, voici les observations dont j'avais accompagné l'exposé des moyens de la demanderesse.

108. Le consentement est l'âme du mariage (arti-

---

(1) *Suprà*, n° 92.

cle 146). Le mariage de l'insensé est donc affecté d'un vice de nature à le compromettre. Mais l'insensé étant mort sans avoir réclamé, ses héritiers collatéraux peuvent-ils demander la nullité du mariage? Quelques auteurs ont enseigné l'affirmative sur le fondement de l'article 504 du Code civil; mais cette opinion n'est pas admissible. Le mariage ne rentre pas dans la classe des actes dont s'occupe l'article 504; il est gouverné par des règles spéciales; il ne peut être traité comme les actes ordinaires de la vie civile, comme une vente ou un mandat (1).

C'est ce qu'a jugé votre chambre civile par arrêt du 9 janvier 1821 rendu *in terminis*, et portant cassation (2). La cour a pensé avec grande raison que

---

(1) Sur le mariage de l'insensé, voyez :
Lebret., liv. 1, chap. 5.
Despeisses, t. 1, p. 276.
Augeard, t. 1, chap. 87.
Boniface, t. 1, liv. 5, t. 5, chap. 2.
Pothier, *Contrat de mariage*, n° 92.
MM. Dalloz, *Mariage*, p. 15.
Duranton, t. 2, n°s 18 et 55.
Merlin, v° *Empêchement*.
Et une dissertation de M. Pont, *Revue de législation*, t. 24, p. 239.
Infrà, n°s 289 et 292.

(2) Dalloz, v° *Mariage*, p. 57.
Junge 12 novembre 1839, Devill., 39, 1, 822; Dalloz, 39, 1, 369.
18 août 1841, Devill., 41, 1, 872; Dalloz, 41, 1, 338.
12 novembre 1844, Devill., 45, 1, 246; Dalloz, 45, 1, 98.

l'art. 184 élève une barrière insurmontable contre les collatéraux ; que le mariage de l'insensé n'est pas de ceux contre lesquels la loi leur donne action ; que tout ce que le Code civil a cru devoir faire pour eux, c'est de leur permettre de faire opposition au mariage avant sa célébration, conformément à l'art. 174 du même Code; mais que, s'ils n'ont pas usé de ce moyen préventif, c'est à eux-mêmes qu'ils doivent s'en prendre de l'impuissance à laquelle ils sont condamnés de revenir sur des faits accomplis (1).

109. Maintenant, s'ils doivent respecter le mariage, peuvent-ils attaquer le contrat qui règle les intérêts civils ?

Anciennement, il semble qu'on ne le pensait pas ; entre autres exemples (2), il en est un dans les *Décisions* de Lebret que je demande à la cour la permission de lui rappeler, et où l'on voit des collatéraux attaquer le mariage de l'insensé pour priver la veuve de son douaire. Ils n'eurent pas la pensée de laisser à l'écart le mariage pour critiquer séparément le contrat. L'arrêt du mois de février 1618 cité par cet auteur (3), mit le mariage à l'abri de la poursuite des collatéraux et ordonna le payement du douaire. Lebret dit que l'imbécillité aurait bien pu *empêcher* le ma-

(1) *Junge* M. Duranton, t. 2, n° 33.
M. Pont, *loc. cit.*
Infrà, n° 294.
(2) V. *suprà,* 98 et 99.
(3) Liv. 1, déc. 5.

riage, mais qu'elle ne pouvait *l'annuler*, et que, dès lors, *c'est sans raison qu'on veut s'en servir aujourd'hui pour refuser le payement du douaire qui est dû.*

M. Merlin ne cite pas cette opinion de Lebret, mais il professe la même doctrine (1). Il ne pense pas que ceux qui sont non recevables à attaquer un mariage, soient recevables pour attaquer les conventions matrimoniales. « La même fin de non-recevoir, » dit-il, qui a été jugée nécessaire pour couvrir le » lien conjugal, l'est nécessairement aussi pour cou» vrir la donation mutuelle qui avait précédé la for» mation du lien. »

110. Cette opinion a pour elle une couleur d'équité dont il est bien difficile de n'être pas frappé, au moins au premier coup d'œil. Voici ce qu'on peut dire en sa faveur :

Le contrat de mariage est une condition du mariage même; c'est une loi solennelle, intervenue entre les parties, en vue du lien qui va les unir. Si le mariage manque, le contrat manque aussi; s'il se réalise, comme il est irrévocable, le contrat est également irrévocable (art. 1395). Ainsi donc, en général, le sort du contrat se règle par le sort de l'union ; il en suit les destinées, il en prend le caractère. Ne semble-t-il pas, dès lors, fort douteux qu'on puisse admettre que lorsque le mariage est invulnérable à l'égard des tiers, le contrat passé sous l'influence des mêmes événements et dans les mêmes

(1) V. *Convent matrim.*, p. 172.

circonstances soit moins protégé par la loi? La bonne foi qui garantit le mariage, ne garantira-t-elle pas aussi les effets civils de ce mariage? Les fins de non-recevoir qui ferment les voies de l'attaque contre le mariage, seront-elles impuissantes à l'égard des effets civils qui en sont l'accessoire? effets civils, du reste, qui ont peut-être déterminé le mariage et sans la perspective desquels il ne se serait pas fait. Enfin, lorsque le consentement est jugé suffisant pour soutenir le mariage, engagement indissoluble, de toute la vie, qui lie les personnes et même les biens, comment sera-t-il insuffisant pour protéger le contrat, qui a une moindre portée?

111. Ces idées semblent acquérir plus de force quand on réfléchit qu'il s'agit de collatéraux, déclarés par les art. 174 et 184 du Code civil non recevables à attaquer le mariage. Le pourvoi l'a dit avec beaucoup d'apparence de solidité : Quel est le but principal des collatéraux en attaquant un mariage? n'est-ce pas de sauver des intérêts de fortune menacés et compromis? Or, quand la loi les déclare non recevables à attaquer le mariage, ne faut-il pas les déclarer du même coup non recevables à attaquer le contrat qui règle les intérêts?

112. Dira-t-on que le mariage est d'ordre public, qu'il intéresse les mœurs, la famille, les enfants, et qu'il doit être plus difficile d'y porter la main que sur le contrat qui règle les biens?

Mais ne peut-on pas répondre que ces mêmes in-

térêts sont aussi en jeu dans les conventions matrimoniales? Les dots ne tiennent-elles pas à l'ordre public? Tous les auteurs n'enseignent-ils pas que le contrat de mariage est très-favorable (1)? Pourquoi cette faveur, si ce n'est parce que ce contrat est étroitement lié au mariage lui-même? N'est-ce pas aussi dans des vues d'ordre public, que la loi le déclare sacré et immuable (2)? N'est-ce pas aussi dans la vue du public, c'est-à-dire des tiers qui ont pu contracter, ou contracteraient avec les époux, que la loi n'y souffre ni modifications postérieures ni même modifications antérieures, par acte sous seing privé (art. 1395 et 1396)? Le contrat de mariage n'est-il pas comme une sorte d'inventaire public de la fortune et du crédit de chaque famille (3)? La famille n'est-elle pas intéressée à son tour à ce qu'on n'y porte pas atteinte? Un renversement de ce qui a été convenu, ne serait-il pas de nature à l'appauvrir? ne serait-ce pas tromper sa foi? Et la femme, qui certes doit compter pour quelque chose dans la famille, la femme qui conserve le titre honorable d'épouse, peut-elle être privée des avantages qui en étaient la condition, frustrée de ses espérances légitimes, dépouillée de la récompense de ses soins pieux, et renvoyée chez elle comme une infâme concubine?

113. Voyons, d'ailleurs, les conséquences du sys-

---

(1) *Suprà*, n° 47.
(2) *Suprà*, n° 1.
(3) *Suprà*, n° 1.

tème qui scinde le mariage et le contrat de mariage, quoique l'un et l'autre aient eu lieu dans les mêmes circonstances ; voyons jusqu'où ce système peut conduire.

Supposons que les époux se soient mariés sous le régime dotal ; ce régime impose au mari une responsabilité sévère. Le mari doit bien y réfléchir avant de s'astreindre aux obligations gênantes de ce régime, qui est tout dans l'intérêt de la femme, de ce régime qui n'est pas la combinaison préférée de la loi et qui ne saurait être que l'œuvre de la volonté. S'il s'est marié dans un état d'insanité d'esprit, il est bien évident que son consentement à un régime dont il n'a pas calculé les inconvénients, ne saurait être la base d'un contrat valide. Eh bien ! qu'arriverait-il avec le système de l'arrêt attaqué ? Supposons que le mari ait mal administré et qu'il ait dissipé les capitaux dotaux ; qu'il ait reçu pendant le mariage des valeurs mobilières, qu'il est toujours dur de restituer après une longue jouissance : que vont faire ses héritiers ? ils soutiendront que le mari n'était pas sain d'esprit quand il s'est marié ; qu'il n'a pu donner un consentement valable au contrat de dot, dont il ne comprenait pas la portée ; qu'en un mot, le contrat est nul et qu'il y faut substituer le contrat légal, la communauté. Par là, ils obtiendront la destruction des conventions matrimoniales, et sur leur ruine s'élèvera le régime de la communauté légale, qui fait passer, entre leurs mains, la moitié de tous les capitaux mobiliers de l'épouse ; car voilà jusqu'où va la rigueur logique, quand on embrasse le système qui

scinde le mariage et le contrat de mariage ; voilà à quoi l'épouse est exposée avec le système de deux poids et de deux mesures pour deux actes si étroitement unis l'un à l'autre. L'épouse est réduite à cette extrémité fatale, qu'il vaudrait mieux pour elle que le mariage ne fût pas validé ; car, du moins, elle reprendrait la totalité de son avoir, tandis qu'avec cette validité de mariage dont on lui fait le triste cadeau, elle perd la moitié de sa fortune.

114. Objectera-t-on que ce raisonnement conduit les choses à des conséquences exagérées, et que les tribunaux ne se prêteront pas facilement à annuler le contrat même de constitution dotale ; que la nullité doit être réservée pour les donations faites par l'insensé ? Mais ne peut-on pas demander sur quoi cette distinction est fondée ? On divisera donc le consentement, comme on a divisé le mariage d'avec le contrat de mariage ? Le consentement sera bon pour telle partie du contrat et mauvais pour telle autre partie, et l'on oubliera cette règle d'interprétation d'après laquelle, dans les contrats de mariage, tous les pactes sont censés s'enchaîner et se mettre en équilibre. Voilà quelques-unes des considérations qui ont pu frapper les anciens jurisconsultes, auteurs des arrêts antérieurs à la révolution. Nous n'osons pas dire qu'elles sont décisives, mais nous disons qu'elles sont graves (1).

(1) Cette réserve m'était imposée comme rapporteur ; mais dans ma conscience je les trouve considérables.

115. On propose cependant une objection, et l'on dit que l'indivisibilité du mariage et du contrat de mariage est loin d'être une règle certaine; qu'il est souvent arrivé que, bien que le mariage ait été maintenu sous le rapport du lien, les conventions matrimoniales ont été annulées : on cite les mariages faits *in extremis* avec une femme entretenue, les mariages tenus secrets jusqu'à la mort, les mariages contractés avec les morts civils (1).

Mais il y a, ce semble, des réponses victorieuses à ceci.

Dans le cas de ces mariages, il n'y a d'union que pour la conscience. Dans l'ordre civil, le mariage n'a pas d'effet; il n'en a même pas à l'égard des enfants. Ceux-ci n'ont ni famille, ni droits de succession, ni de légitime (2). Qu'on n'argumente donc pas de ces cas au mariage de l'insensé, qui subsiste avec tous ses effets civils, qui engendre une famille légitime, des enfants investis de tous les droits de la légitimité, une communauté légale à défaut de contrat.

116. Nous savons, et nous devons rappeler à la Cour, qu'il est dans le Code civil des cas où la loi annule le contrat et laisse subsister le mariage (3);

---

(1) Pothier, *Mariage*, n° 426.
Déclaration de 1639.

(2) Pothier, n° 436.

(3) *Suprà*, n° 94, art. 1387, 1389 et 1390.

mais qu'on ne s'y trompe pas : ces cas sont fort différents de celui qui nous occupe. Le législateur suppose un contrat nul en soi, et infecté d'un vice propre, tandis que le mariage est investi de toutes les conditions essentielles qui le font valoir. Rien de plus naturel que de laisser chacun de ces actes à son sort. Le mariage qui est bon reste valable, malgré le contrat de mariage qui est nul et qui doit rester tel. Les époux ont dû savoir ce à quoi ils s'engageaient ; ils n'ont pas dû ignorer l'infraction qu'ils ont commise ; ils en ont accepté toutes les conséquences.

Mais, ici, est-ce la situation des choses ? non, assurément ; le mariage et le contrat de mariage sont infectés du même vice de consentement ; et ce qu'on veut faire décider, c'est que ce qui ferme le chemin pour attaquer le mariage, le laisse ouvert pour attaquer le contrat.

117. Reste l'objection tirée de la généralité de l'art. 503 du Code civil, et ceci nous conduit aux textes sur lesquels repose le pourvoi.

L'arrêt attaqué s'est attaché à l'art. 503, dont vous connaissez les termes ; mais ne pourrait-on pas soutenir que, par la force même des choses, cet article se renferme dans les actes ordinaires étrangers au mariage ?

D'abord, c'est ce que vous avez jugé pour le mariage même, qu'on voulait soumettre à l'application de l'art. 503 (1).

---

(1) *Suprà*, n° 108.

Or, le mariage étant excepté de l'art. 503, la conséquence n'est-elle pas qu'il faut excepter aussi les engagements civils qui se rattachent au mariage ?

En effet, au mariage réalisé se rattachent nécessairement des obligations qui affectent les biens : sans parler de la communauté légale, qui est souvent un moyen très-grave d'aliéner, on sait que, le mariage étant donné, tous les immeubles du mari sont grevés d'une hypothèque générale et légale. Certes, un insensé ne pourrait pas, en dehors du mariage, hypothéquer un seul de ses immeubles ; mais il se marie, et, son mariage subsistant, voilà que, par l'effet de son consentement au mariage, toute sa fortune immobilière devient le gage de sa femme. Ceci posé, est-il logique d'argumenter de l'art. 503 au cas tout à fait exceptionnel du mariage ? N'est-on pas fondé à penser que la loi, en sauvant le mariage, entend sauver, par voie de suite, les effets que le mariage produit sur les biens (1)?

118. Ce raisonnement peut acquérir plus de force si l'on réfléchit qu'il y a entre les actes faits en vue du mariage, et ceux dont s'occupe l'art. 503, une différence profonde, indiquée par la nature des choses et commandée par la diversité des situations.

Dans le cas de mariage, en effet, la famille a été garantie par un moyen de mettre à couvert ses intérêts. Elle a pu faire opposition au mariage, et, par

(1) *Suprà*, n° 111.

cette opposition, elle a pu faire tomber tous les engagements dont l'existence définitive dépendait de l'existence du mariage. Ce droit est écrit dans l'article 174, lequel ouvre le droit d'opposition, droit qui s'échelonne depuis l'ascendant jusqu'au cousin germain inclusivement. Que si la famille a laissé le mariage se contracter, si elle n'a pas usé de son droit, n'y a-t-il pas de bonnes raisons pour croire que le législateur a entendu qu'elle serait non recevable à faire annuler après coup, et tout étant consommé, ce qu'il lui était donné de prévenir en s'y prenant à temps? Dans tout ce qui tient au mariage et à ses effets civils, le législateur préfère les moyens préventifs aux moyens coercitifs, tant il porte de respect à cet acte qui ne ressemble à aucun autre!

119. Mais lorsqu'il s'agit d'actes ordinaires qui n'ont pas le mariage pour condition, les mêmes moyens préventifs n'existent plus, et l'article 503 a dû ouvrir une carrière plus large aux intéressés. Au contraire, nous devons le répéter : dans le cas de mariage, il y a un ensemble de combinaisons spéciales et de précautions ingénieuses qui rendent, ce semble, l'article 503 inopportun et périlleux.

120. Ainsi toute la difficulté du pourvoi se réduit à ce point : l'article 503 est-il limité par l'article 174 de telle sorte qu'il soit étranger aux actes qui ont le mariage pour condition? C'est une question de texte sur laquelle on peut donner plus ou moins d'autorité aux anciennes doctrines, mais qui, en défini-

tive, doit se résoudre par l'interprétation de ces deux articles.

121. Venons maintenant à votre arrêt du 28 décembre 1831.

Jusqu'à ces derniers temps, on avait généralement pensé que le moyen d'attaquer les conventions matrimoniales d'un insensé, était d'attaquer le mariage même, et que les fins de non-recevoir qui laissent le mariage inviolable, se lèvent pour protéger les conventions matrimoniales antérieures (1). Nous avons cité ci-dessus les paroles de Lebret.

Vers 1829 un système nouveau s'est produit. Votre arrêt de 1825 avait enlevé aux collatéraux le droit d'attaquer le mariage de l'insensé. On imagina alors de séparer les conventions du mariage et le mariage, et ce biais, adopté par la Cour de Paris, a reçu l'assentiment de votre arrêt du 28 décembre 1831. Cet arrêt est nettement formulé. Cependant nous devons dire qu'il a été rendu sur des faits antérieurs au Code civil, et qu'on ne s'appuyait pas, pour demander la cassation, sur la violation des articles 174 et 504 du Code civil. On prétendait que la Cour avait violé la coutume de Paris et l'ordonnance de 1731, qui n'ont aucun rapport avec les articles 174 et 504 du Code Civil. L'arrêt lui-même déclare, dans son deuxième considérant, que la cause a dû être jugée

---

(1) Sauf ce que disait Servin, et que les arrêts que je connais, ne confirment pas.

Suprà, n°s 100 et 101.

sur des données auxquelles le Code civil n'est pas applicable. Il y avait de plus cette nuance, c'est que l'insensé était interdit quand il se maria, tandis qu'ici l'interdiction n'a été prononcée que longtemps après le mariage. Enfin cet arrêt du 28 décembre 1831, rendu sur des faits dominés par l'ancienne jurisprudence, ne paraît pas en harmonie avec les monuments les plus connus de cette même jurisprudence.

Maintenant vous verrez si, dans une espèce qui se présente sous l'autorité du Code civil, il n'existe pas d'autres éléments de décision dans les articles 174 et 184 du Code civil, combinés avec l'article 503 du Code civil. Votre sagesse en décidera.

122. Au surplus, l'arrêt qui vous est dénoncé n'est qu'interlocutoire ; il n'a encore rien prononcé sur le sort des conventions matrimoniales. Il a seulement admis une preuve des faits de démence : probablement qu'en admettant cette preuve, la Cour de Riom s'est réservé le droit de peser avec maturité les résultats de l'enquête ; d'avoir égard à la possibilité des intervalles lucides (1), à la bonne foi de la femme (2), à sa conduite envers son mari ; au besoin qu'éprouve souvent un homme faible d'esprit d'avoir, comme le remarquent Saint-Thomas et Lebret, une

(1) D'Héricourt, *Lois eccl*, lettre Q, n° 52. Denizart, v° *Mariage*, n° 18.

(2) *Suprà*, n° 92.

femme prudente et dévouée ; au danger, enfin, de déchirer le plus solennel et le plus inviolable des contrats.

123. Ces observations n'ont pas été soumises à la Cour. L'interlocutoire ayant été vidé en faveur de la demanderesse, celle-ci se désista de son pourvoi, qui, en effet, devenait sans utilité pour elle. Je ne sais ce que la Cour de cassation aurait décidé. Tout ce que je puis dire, c'est que ces observations ayant été publiées en partie, elles ont paru très-graves à de bons esprits (1), et je crois, en effet, qu'elles sont de nature à faire impression.

124. Aussi je remarque que mon honorable collègue et ami, M. Mestadier, rapporteur dans l'arrêt du 28 décembre 1831, ayant eu, en 1844, à toucher incidemment la question dans une affaire dominée par le Code civil, n'hésita pas à proclamer ce qui suit : « Si le mariage (de l'insensé) est maintenu par » fin de non-recevoir ou autrement, les collatéraux » sont sans droit, titre ni qualité pour examiner » et attaquer les dispositions du contrat de ma» riage (2). »

Ce sentiment, qui acquiert une si grande autorité dans la bouche du rapporteur de 1831, est aussi le nôtre ; il confirme pleinement nos principes, et mon-

(1) M. Pont, *Revue de législat.*, t. 24, p. 241.
M. Devilleneuve, 45, 1, 247, note 1.

(2) Devill., 45, 1, 251.

tre que l'arrêt de 1831 n'a rien de décisif sous le Code civil. Et c'est encore ce que M. Mestadier faisait remarquer dans son rapport de 1844 : « Il n'y a » pas d'analogie avec l'espèce jugée à mon rapport, » le 28 décembre 1831. Il ne s'agit pas non plus, » comme dans cette espèce, d'une succession ouverte » avant le Code civil, d'une question à juger d'après » l'ancienne jurisprudence, fort variable sur cette » matière. Le contrat de mariage (de l'insensé), la » naissance et la reconnaissance de l'enfant, le ma» riage et le décès, tout est régi par le Code civil. » La question est donc soumise aux règles consa» crées par le Code civil. »

Nous ne pouvions pas prouver d'une manière plus péremptoire que l'arrêt de 1831 a été influencé par des raisons étrangères aux textes du Code civil. Si donc la question se présentait de nouveau, on devrait l'examiner en toute liberté d'esprit, sans se préoccuper d'un précédent dont l'autorité n'a rien de concluant.

Article 1389.

Ils ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux ; sans préjudice des donations entre vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu

selon les formes et dans les cas déterminés par le présent Code (1).

SOMMAIRE.

125. L'article 1389 a été édicté pour que la loi des successions ne soit pas ébréchée par les pactes matrimoniaux. Caractère de la loi française sur les successions; principe d'égalité qu'elle consacre; nécessité de le conserver.

126. Exemples des abus auxquels on faisait servir autrefois les contrats de mariage pour priver les enfants de leurs droits successifs.

Le Code civil a proscrit ces abus.

127. Suite.

128. On faisait encore servir les contrats de mariage à modifier les droits des époux dans la succession de leurs enfants.

129. Tout cela est désormais inconciliable avec l'article 1389.

Renvoi au titre *des Donations* pour les libéralités que les époux peuvent se faire.

130. Excursion sur le caractère des donations nuptiales.

La donation faite par un étranger à l'un des époux par contrat de mariage est, en ce qui concerne le donateur, une vraie libéralité.

Quid à l'égard des époux?

131. La donation faite à l'épouse est, en ce qui concerne cette dernière, un titre lucratif. Les créanciers du constituant peuvent la faire annuler si elle a été faite en fraude de leurs droits.

Mais à l'égard du mari, chargé de supporter les

(1) Art. 751, 791, 1081, 1091, 1130, 1497, 1527, 160, C. civ.

charges du mariage, la donation a un caractère onéreux.

Quant aux donations qui ne sont pas contenues dans le contrat de mariage, elles rentrent dans le droit commun.

132. Les époux, entre eux, peuvent se faire des donations par contrat de mariage. Quelquefois on les déguise sous forme de dot. Ces déguisements ne peuvent être critiqués par le mari qui en est l'auteur; il a voulu faire une donation, il doit la respecter.

133. Mais les enfants d'un premier lit peuvent la faire réduire si elle excède la portion disponible.

134. Et ils n'ont action pour cela qu'au décès du donateur; mais ils peuvent être autorisés à prendre des mesures conservatoires, comme tout créancier conditionnel.

COMMENTAIRE.

125. L'art. 1389 s'occupe des pactes matrimoniaux qui tendraient à déroger à l'ordre des successions. Il les déclare nuls; il élève une barrière insurmontable contre les conventions qui, abusant de la liberté du contrat de mariage, auraient la prétention de toucher à cette grande loi des successions dont l'esprit d'égalité froisse tant de préjugés, parce qu'elle constitue la famille et la propriété sur une base démocratique. Ne nous étonnons pas si l'art. 1389 reproduit une règle déjà écrite dans les art. 791, 1130 et 1172. Cette redondance ne paraîtra pas vaine, si l'on se rappelle que le législateur était alors en face d'une société dans le sein de laquelle vivaient encore des habitudes invétérées d'inégalité dans les partages, de préférence pour les aînés et de défaveur pour les filles. L'art. 1389 a

voulu porter un nouveau coup à ces vestiges d'un passé avec lequel le Code civil, pénétré des besoins de la société moderne, avait résolu de rompre entièrement (1).

126. Veut-on quelques exemples des abus et des injustices auxquels l'ancienne jurisprudence faisait servir trop souvent les contrats de mariage?

Quand une fille se mariait, il était permis de lui faire stipuler par son contrat de mariage qu'elle se contenterait de sa dot, et qu'elle renonçait à la succession future de ses père et mère (2) en faveur de ses frères, ou en faveur d'un seul. On imposait quelquefois aussi ces renonciations par contrat de mariage aux mâles en faveur de l'aîné (3). Presque toute la France était infectée de cette préférence inique pour les mâles au préjudice des filles, ou pour l'aîné au détriment des cadets. On pensait que ces renonciations étaient un moyen de conservation pour les familles (4) et un droit politique tendant au soutien de l'État (5).

---

(1) MM. Toullier, t. 12, n° 19.
Odier, t. 2, n° 632.
Rodière et Pont, t. 1, n° 71.

(2) Henrys, livre 4, chap. 3, quest. 11, t. 2, p. 203.
Boucheul, *Traité des conventions de succéder*, chap. 20.
Duparc-Poullain sur Bretagne, art. 557.
Lebrun, *des Successions*, n° 3, chap. 8, sect. 1, n° 48.
Bourjon, t. 1, p. 909.

(3) Lebrun, *loc. cit.*

(4) Bretonnier sur Henrys, *loc. cit.*

(5) Lebrun, *loc. cit.*, p. 398.
Coquille, quest. 127.

Or, c'est précisément sous le règne de cette institution antidémocratique que les familles ont décliné, que les hommes nouveaux ont pris la place des anciens, et que l'État a été s'abîmer dans la grande révolution de 1789 ; tandis que sous le régime d'égalité consacré par le Code civil, nous voyons la richesse s'accroître, la propriété se diviser et s'augmenter, et les familles surgir avec une inépuisable fécondité. L'histoire aurait dû prouver cependant que ce n'est pas l'immobilité de l'agnation, qui empêche la subversion des familles, et qu'il vaut mieux, autant au point de vue de l'utile qu'au point de vue de la justice, suivre les lois de la nature plutôt que de les étouffer par d'aristocratiques et odieuses combinaisons (1). Le Code civil, dans l'intérêt de la morale et d'une sage politique, a donc condamné ces inventions de l'orgueil, ces égarements du cœur, ces affections fausses et factices élevées sur la ruine des affections naturelles ; l'expérience prouve hautement combien nous devons nous en féliciter.

Nous disons donc que les légitimes et les réserves sont d'ordre public ; imposées par la loi dans un intérêt supérieur, elles ne peuvent être violées (2), même dans le contrat de mariage, et c'est ce que commande l'art. 1389.

127. Cette règle n'était pas ignorée dans l'ancien

---

(1) V. mon livre *De l'influence du Christianisme sur le droit romain.*

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 2, n° 17.

droit ; car, malgré tout le respect que l'on portait à la liberté des conventions matrimoniales, on ne permettait pas aux époux d'étendre les avantages permis dans le lieu de leur domicile aux biens situés dans d'autres coutumes qui ne les admettaient pas (1). Toujours les avantages étaient limités à la seule mesure autorisée dans le lieu de la situation ; c'était la conséquence nécessaire du principe, que les réserves, déterminées par la coutume ou par la loi, sont au-dessus de la disposition de l'homme. Mais il n'en est pas moins vrai que, dans un intérêt d'agnation, on avait autorisé la volonté de l'homme à porter atteinte au plus sacré de tous les droits, à la légitime, et que le contrat de mariage était l'instrument de cette spoliation.

128. Ce n'est pas seulement à l'égard des enfants que l'on changeait, par les contrats de mariage, l'ordre des successions ; les époux inséraient aussi des clauses qui modifiaient leurs droits dans la succession de leurs enfants. Le plus célèbre de ces pactes était connu sous le nom d'*immobilisation de propres dans les estocs et lignes du conjoint* (2). Dans la crainte de voir les biens meubles passer dans une famille étrangère, le contrat leur donnait la qualité de propres, afin que si l'époux propriétaire venait à prédécéder,

(1) Lebrun, *loc. cit.*

(2) Renusson, *des Propres*, chap. 6, n° 8.
MM. Toullier, t. 12, n° 20.
Odier, t. 2, n° 632.

et que ses enfants mourussent sans postérité, ces meubles immobilisés passassent à ses héritiers des propres, et que l'époux survivant ne les trouvât pas dans la succession des enfants.

129. Tout cela s'efface de nos mœurs ; le souvenir s'en affaiblit et la pratique s'en perd de jour en jour davantage. L'ordre des successions n'a plus à redouter ces graves et fâcheuses atteintes. D'ailleurs, le contrat de mariage est assez favorisé par les dispositions du Code civil qui permettent les donations aux époux conformément aux art. 1081 et suiv., et par celles qui autorisent les dons entre époux par contrat de mariage conformément aux art. 1091 et suiv. La loi a concilié les libéralités si propices au succès des unions, avec le strict maintien des réserves et des droits de la nature. Nous n'avons pas à nous occuper ici de cette matière, qui rentre dans le sujet des *donations*, et appartient exclusivement à ce titre. Nous nous bornerons à de courtes réflexions.

130. D'abord, distinguons les donations faites par des étrangers à un époux, par son contrat de mariage, de la dot constituée par un père ou une mère à son fils ou à sa fille. La donation faite par l'étranger est, en ce qui le concerne, une vraie libéralité : elle en a les caractères ; elle doit en avoir la condition de validité.

Ainsi, un mort civil ne pourrait faire une donation par contrat de mariage ; car le mort civil est incapable de cet acte solennel qui emprunte au droit

civil ses principales conditions d'existence (1). Cependant la donation serait valable au regard des époux s'ils étaient de bonne foi (2) ; car, en ce qui concerne les époux, la bonne foi qui, dans un si grand nombre de cas, soutient le mariage, soutient pareillement, et par voie de conséquence, les conventions matrimoniales qui ont été la condition du mariage.

En ce qui concerne les père et mère, la constitution de dot est plutôt l'accomplissement d'une obligation naturelle ; elle tient plus de la vente que de la donation : c'est un contrat du droit des gens ; la mort civile n'y fait pas obstacle (3).

131. Cependant il ne faudrait pas dire d'une manière trop absolue que la dot donnée par des parents à leur fille, n'est pas une libéralité ; il y a beaucoup de cas où elle en a le caractère.

Ainsi, il est reconnu que la dot est un titre lucratif à l'égard de l'épouse (4); de telle sorte que si elle est constituée par le père, en fraude des droits de ses créanciers, ces derniers ont l'action paulienne, lors même que l'épouse n'aurait pas été de connivence

---

(1) L. 15, D., *De donat.*
Richer, *Mort civile,* p. 223.

(2) Cass. req. 14 juin 1827 (Dalloz, 27, 1, 273).

(3) Même arrêt.

(4) *Infrà,* n[os] 187 et 3013.
L. 20. D., *De donat.*

avec son père. Il suffit que ce dernier ait nui à ses créanciers (1) : *intelligitur quasi* EX DONATIONE *aliquid ad eam pervenisse* (2).

Ce n'est qu'à l'égard du mari que le contrat de dot est censé être onéreux ; car il a pour condition de supporter les charges du mariage (3). Les créanciers ne pourraient faire révoquer la donation qu'en prouvant que le mari a été *conscius fraudis* (4) : c'est ce que les lois romaines ont établi, et ce qui résulte des art. 1340 et 1547 du Code civil combinés. La Cour de cassation a consacré cette doctrine de la manière la plus formelle par arrêt du 2 mars 1847, portant cassation d'un arrêt de la Cour de Riom (5). Du reste, la Cour paraît ne pas faire de différence entre la fille et le mari ; mais la loi romaine, plus précise, a distingué les positions, et il est quelquefois utile de ne pas les confondre.

Quant aux donations qui ne sont pas contenues

---

(1) Julianus, l. 17, § 1, D., *Quæ in fraudem creditor.*
Venulejus, l. 25, § 1, D., *Quæ in fraudem.*
Pothier, Pand., t. 3, p. 194, n° 20.
Furgole, *Testam.*, t. 4, chap. 11, sect. 1, n° 20, et *Quest. sur les Donations*, quest. 10.
M. Tessier, *de la Dot*, t. 1, n°s 3 et 23.
V. un rapport que j'ai lu à la Cour de cassation le 2 janvier 1843 (Devill., 43, 1, 116).

(2) Venulejus, *loc. cit.*

(3) *Infrà*, n° 3012.

(4) Venulejus, *loc. cit.*, et mon rapport précité.

(5) Devill., 47, 1, 185.
Junge Bourges, 9 août 1847 (Devill., 47, 2, 486).

dans le contrat de mariage et qui, par conséquent, n'ont pas le caractère de dot, elles rentrent dans la classe des libéralités ordinaires. Les créanciers peuvent les attaquer pour la simple fraude du débiteur ; elles ne sont pas protégées par les principes qui régissent les conventions dotales, et ne participent pas à leurs effets et priviléges (1).

132. En ce qui concerne les donations d'époux à époux, nous ne ferons qu'une remarque sur un point qui a souvent préoccupé les jurisconsultes. Il arrive bien des fois que la constitution de dot est simulée, et qu'elle n'est mentionnée dans le contrat de mariage que *ad pompam*, ou pour déguiser une libéralité que le mari veut faire à son épouse. Nous en avons vu un exemple dans l'arrêt du parlement de Provence rapporté au n° 103.

En principe, ce n'est pas l'écriture qui fait la dot et rend le mari débiteur sérieux ; c'est la numération des espèces et la réception des deniers dotaux : *dotis numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit* (2). Mais, en principe aussi, la reconnaissance de dot, portée dans le contrat de mariage, fait preuve du versement et de la réalité de la dot (3) ; et c'est

---

(1) Cass. ch. civ., rejet, 3 mars 1847 (Devill., 47, 1, 186).

(2) Mantica, *De tacitis et ambig.*, 12, 10, 19.
Despeisses, sect. 3, n° 85.
Roussilhe, t. 2, n° 519.
M. Tessier, t. 2, note 1032.

(3) Favre, *Code*, 5, 10, 3, *in fine*.

à ceux qui ont droit et intérêt à ébranler cette preuve, à la détruire par des preuves contraires. Nous dirons tout à l'heure quelles sont ces personnes.

Mais quoi qu'il arrive, et lors même qu'il serait constant par les indices les plus certains et les preuves les plus démonstratives, que le mari, voulant tout à la fois favoriser la future et ne pas paraître épouser une femme sans fortune, a reconnu avoir reçu d'elle une certaine somme à titre de dot, bien qu'il n'ait rien reçu, il ne faut pas hésiter à dire que ce n'est pas à lui qu'il appartient de prétendre qu'il y a simulation et déguisement dans cette reconnaissance (1): il a voulu donner, il a donné en effet; sa libéralité doit tenir contre lui-même ; elle résiste à un tardif repentir.

133. Mais si elle blesse les droits des enfants d'un premier lit, ce seront ces derniers seuls qui, à la mort de leur père, auront action pour faire réduire la donation dans le cas où elle excéderait la portion disponible (2).

134. Nous disons : au décès de leur père; car tant que vit le père, les enfants n'ont pas d'action

(1) Grenoble, 2 juillet 1831 (Dalloz, 32, 2, 137).

(2) *Id.*

Cass. req. 31 juillet 1833 (Dalloz, 33, 1, 324).

Art. 1496 et 1527.

ouverte pour critiquer ses libéralités et les faire réduire.

On ne peut s'empêcher de reconnaître cependant que cette temporisation imposée aux enfants, ne puisse leur être préjudiciable. Supposons qu'au lieu d'une dissolution du mariage par le décès du mari, il n'y ait que séparation de biens ; il faudra donc que les enfants du premier lit voient, sans se plaindre, le montant de la libéralité passer dans la main de leur belle-mère, qui pourra dissiper les sommes, ou les faire disparaître ! N'auront-ils pas action contre elle, même avant le décès de leur père? devront-ils attendre cet événement, ainsi exposés à toutes les chances de perte qui ont excité la vigilance du législateur?

Voilà ce que l'équité dit en leur faveur, et pour lui donner satisfaction, il y a un terme moyen à prendre. Sans doute, dans la rigueur des principes, les enfants n'ont pas d'action en réduction tant que la succession de leur père n'est pas ouverte; mais, en attendant, ils peuvent faire des actes conservatoires. En conséquence, un arrêt de la Cour royale de Grenoble du 2 juillet 1831 (1) a ordonné, sur leur demande, la mise en dépôt des sommes d'argent, pour l'intérêt en être servi à la femme jusqu'à la dissolution du mariage par le prédécès du mari. On peut invoquer encore un arrêt de la Cour de cassation du 27 mars 1822 qui, par crainte du désordre des af-

---

(1) Dalloz, 32, 2, 136 et 137.

faires du mari et d'une ruine anticipée, autorise l'exercice d'actes conservatoires (1).

Ces décisions se fondent sur ce que celui qui a un droit conditionnel peut exercer tous les actes conservatoires. Vainement dira-t-on qu'il y a là une atteinte portée au droit de propriété de la femme ; que celle-ci est donataire, qu'elle est propriétaire ; qu'elle a un droit plein, entier, exclusif ; que ce droit ne peut être ébréché que par la réduction, et que la réduction n'est ouverte qu'à la mort du donateur : il n'est pas moins vrai que, bien que l'action en réduction ne s'ouvre qu'au décès du donateur, ce n'est pas contredire le droit de propriété de la femme, que de prendre des mesures conservatoires. On sait bien que le droit des enfants du premier lit n'est pas ouvert, et c'est pour cela qu'on les réduit à se contenter de ces mesures conservatoires. On sait bien aussi qu'ils n'ont qu'un droit suspendu par une condition ; mais il a toujours été permis à celui qui a un droit conditionnel, de prendre des mesures conservatoires : c'est là une précaution généralement autorisée.

Article 1390.

Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale, que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts

---

(1) Je cite cet arrêt *infrà*, n° 2220.

locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français, et qui sont abrogés par le présent Code (1).

Article 1391.

Ils peuvent cependant déclarer, d'une manière générale, qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal.

Au premier cas, et sous le régime de la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre.

Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par les dispositions du chapitre III.

SOMMAIRE.

135. L'unité de législation est un des bienfaits du Code civil.

---

(1) Art. 1497 et 1527.

Loi du 30 ventôse an XII, art. 7; discussion du Conseil d'état (Fenet, t. 13, p. 534).

MM. Toullier, t. 12, n° 7.
Duranton, t. 14, n° 32.
Odier, t. 2, n° 637.
Rodière et Pont, t. 1, n° 74.
Zachariæ, t. 3, p. 406.

136. L'article 1390 est une précaution pour empêcher qu'on ne fasse revivre, comme autorités légales, des coutumes abrogées.

137. Il n'est pourtant pas défendu d'emprunter à une coutume une combinaison matrimoniale; mais il faut qu'elle apparaisse comme œuvre de la volonté des parties, et non pas comme disposition de la coutume abrogée.

On ne peut se référer à la coutume,

Ni d'une manière générale,

138. Ni d'une manière spéciale.

139. Exemple tiré d'un arrêt de Poitiers.

140. Autre exemple, qui peut-être présente quelque exagération.

141. On peut dire d'une manière générale qu'on se marie sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal, car ces deux régimes sont adoptés par le Code civil.

142. Mais dire qu'on constitue une dot, n'est pas dire qu'on se marie sous le régime dotal. Transition à l'article suivant.

COMMENTAIRE.

135. Le Code civil est désormais la loi civile du pays. Jadis la diversité des coutumes avait été une source de difficultés et un obstacle au mouvement de la centralisation. Il y avait le droit romain pour le midi, les coutumes pour les autres parties de la France, les ordonnances, les arrêts de règlement. Le droit changeait avec les frontières d'une province, et l'unité de législation manquait à la France malgré les grands progrès qu'elle avait faits dans la voie d'une organisation politique et administrative unitaire.

Le Code civil a pris la place de ce cahos, et une magnifique harmonie a succédé à la confusion.

136. Mais les préjugés des peuples sont tenaces. Il était à craindre que l'on ne s'obstinât à perpétuer des coutumes que leur longue durée avait rendues chères aux habitudes locales. Il fallait non-seulement abroger ces coutumes, mais encore empêcher que la pratique ne leur conservât un reste de vie et ne les mît en opposition avec le Code civil : de là l'article 1390. Il se lie à l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII, portant :

« A compter du jour où les lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales et locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. »

L'esprit de cette loi et de l'art. 1390 est de ne plus reconnaître les coutumes et les statuts pour règle des conventions; de les laisser dans le champ de l'histoire et de la science, et de les exclure du domaine de la pratique; d'empêcher la volonté des parties de les tirer de leur tombeau pour les mettre en regard du Code civil, qui seul est la loi vivante.

137. Ce n'est pas qu'il soit défendu d'emprunter à une ancienne coutume des combinaisons qui, bien que non reproduites dans le Code civil, n'en sont pas moins dans le libre domaine des conventions matrimoniales. Mais pour que ces combinaisons soient ac-

ceptées, il faut qu'elles apparaissent comme l'œuvre de la volonté des parties, et non comme l'œuvre et le reflet de la coutume (1) ; car rappeler la coutume à titre d'autorité, ce serait opposer au Code civil, qui désormais règne sans partage, une loi collatérale ayant aussi ses prétentions dans le gouvernement des intérêts civils. *Recedant vetera.* Les actes publics ne doivent connaître que le Code, seule et unique loi de la France moderne. Les coutumes ne peuvent y parler le langage législatif, soit par référence, soit par forme dispositive; elles ne peuvent quitter l'horizon de l'érudition pour passer dans le domaine du commandement extérieur. On peut les copier, on peut les contrefaire; mais il ne faut pas les désigner comme source de ce qui se fait, comme approbation de ce dont l'on convient. Le plagiat est ici permis dans l'intérêt de la liberté; on peut prendre à la coutume, mais il ne faut pas dire qu'on lui prend. Ce plagiat s'excuse par le grand besoin de l'unité de législation. S'il y a dans ceci de la susceptibilité, il faut convenir que la politique en faisait un devoir, et qu'il n'y avait pas d'autre moyen de rompre avec le passé. Ce n'est sans doute qu'un point de forme, comme le représentait M. Berlier à M. Cambacérès, adversaire de l'art. 1390 (2). Mais la forme est très-importante en pareil cas. Il suffit que pour

---

(1) M. Treilhard. Fenet, *loc. cit.*, p. 530.
(2) Fenet, t. 13, p. 534.

le fond de la matière, elle ne mette pas d'entrave à la liberté.

138. Ce n'est pas seulement quand on s'en réfère pour la totalité du contrat de mariage à la coutume abrogée, que notre article s'arme de sévérité ; c'est encore quand on s'y réfère pour un point particulier. M. Toullier (1), qui décide le contraire, a été repris avec raison par tous les auteurs. Si l'on pouvait se référer en termes généraux à une coutume abrogée, pour l'un de ses articles, pourquoi ne le pourrait-on pas pour deux, pour trois, pour quatre? et alors on ferait en détail une chose que M. Toullier convient qu'on ne peut faire en gros. Ce que le Code a voulu, c'est (j'emprunte les paroles de M. Treilhard) « *d'empêcher les citoyens de rappeler les coutumes ;* » sinon, la routine les aurait fait durer longtemps après leur abrogation.

139. C'est en se pénétrant de ces idées que la Cour de Poitiers a très-bien décidé, par arrêt du 16 mars 1826 (2), qu'il y avait nullité dans la clause d'un contrat de mariage portant que la future aurait le douaire sur les biens de son époux, conformément à la ci-devant coutume du Poitou. Comment régler les effets et l'étendue d'une telle clause, sans recourir aux dispositions de la coutume du

---

(1) *Loc. cit.*
(2) Dalloz, 26, 2, 243.

Poitou sur le douaire et aux interprétations dont elle a été l'objet? Comment ne pas voir que c'est faire revivre la coutume du Poitou, abrogée par le Code civil, et élever autel contre autel?

140. On a même été plus loin; et la clause d'un contrat de mariage qui, sans se référer à la coutume, stipulait « au profit de la femme, un augment de 8,500 francs en cas de survie, reversible aux enfants à naître avec réserve de la virile, plus les bagues et joyaux; et au profit du mari, un contr'augment de 3,000 francs, » a été déclarée nulle en vertu de l'article 1390 (1). Il a paru que cette stipulation ne pouvait recevoir son exécution entière qu'en se référant à des lois abolies; que pour la plier aux dispositions du Code civil, il fallait la modifier, la diviser, la changer; que dès lors elle rentre dans la prohibition de l'article 1390, et met le Code aux prises avec un ancien droit aboli (2). Mais peut-être que cette interprétation peut paraître trop rigoureuse pour les parties et trop commode pour les juges (3). C'est une manière de se dispenser d'entrer dans la recherche de combinaisons peu connues, et dans l'interprétation de dénominations oubliées. Cependant quand ces choses restent dans la mémoire des

---

(1) Grenoble (Dalloz, 30, 2, 110).

(2) Le pourvoi a été rejeté par arrêt de la chambre civile du 28 août 1833 (Dalloz, 33, 1, 307).

(3) *Junge* M. Odier, t. 3, nos 1048 et 1049.

populations, pourquoi le juge n'y aurait-il pas égard ? Il n'y a là rien qui soit en hostilité avec le Code civil, et qui réhabilite, comme autorité vivante, des coutumes abrogées. La combinaison est reproduite comme œuvre des parties, et non pas comme disposition du statut local.

141. Comme le Code civil a donné des règles détaillées sur les deux grands régimes qui partagent la France, le régime dotal et le régime de la communauté, il est permis aux parties de déclarer d'une manière générale qu'elles se marient sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal, sans entrer dans d'autres explications. Elles s'en réfèrent alors, non pas à des statuts abrogés, mais au Code civil lui-même, qui a organisé ces deux régimes.

142. Il faut s'entendre cependant sur la formule nécessaire pour se référer au régime dotal ; il ne faut pas croire que le mot *dot*, employé sans précision, suffise pour assujettir les parties à ce régime, qui n'est pas le régime légal. C'est pour leur donner une règle de conduite qu'a été fait l'article suivant, dont nous allons nous occuper.

Article 1392.

La simple stipulation que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot, ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une déclaration expresse à cet égard.

La soumission au régime dotal ne résulte pas non plus de la simple déclaration faite par les époux, qu'ils se marient sans communauté, ou qu'ils seront séparés de biens.

SOMMAIRE.

143. La communauté est le régime matrimonial préféré par la loi. Pour que les époux soient légalement mariés sous un autre régime, il faut une stipulation dérogatoire, expresse ou formelle.

144. La dotalité ne se présume pas.

145. Néanmoins, il n'y a pas de termes sacramentels pour exprimer que les parties veulent se soumettre au régime dotal.

146. Autrefois on était très-facile pour décider qu'il y avait régime dotal et constitution de dot.

147. Il faut être beaucoup plus sévère aujourd'hui, à cause de la préférence donnée à la communauté, qui est le régime de la loi.

148. Toutefois, il y a un milieu à garder : il ne faut ni le relâchement d'autrefois, ni le formalisme de certains auteurs modernes.

149. Le mot *dot* étant un terme générique qui signifie le bien de la femme mariée, n'est pas suffisant à lui seul pour faire décider que les époux ont voulu adopter le régime dotal. Étymologie du mot *dot*.

150. Suite.

151. Il n'y a pas non plus adoption du régime dotal parce que les époux auront déclaré se marier sans communauté, ou séparés de biens.

152. Examen d'une clause dans laquelle on demande s'il y a régime dotal stipulé.

153. Autre clause.

154. Autre clause.

155. Examen d'un autre pacte.
156. Autre pacte.
157. Arrêt. Observation sur le droit de la Cour de cassation dans la question d'interprétation des contrats de mariage.
158. Suite de l'examen du même pacte. Réponse à une objection.
159. Autre pacte, dans lequel la femme se constitue ses biens en dot et les déclare inaliénables.
    Erreur des auteurs qui ne voient pas là une soumission au régime dotal.
    Explication d'un arrêt de la Cour de cassation.
    L'inaliénabilité n'est compatible qu'avec le régime dotal; elle répugne à la communauté.
160. Critique d'un arrêt de la Cour de Lyon, qui n'a pas voulu voir la stipulation du régime dotal dans une espèce où il était nécessairement stipulé par l'ensemble des clauses de l'acte. Motifs de cet arrêt, qui a voulu évidemment échapper à une certaine jurisprudence de la Cour de cassation, blessante pour les intérêts lyonnais.
161. Conclusions sur tout ceci.
162. Il ne suffit pas qu'il y ait régime dotal stipulé; il faut encore qu'on sache quels biens ont été frappés de dotalité. Renvoi, à cet égard, à l'article 1541.

COMMENTAIRE.

143. Le régime légal est le régime de la communauté (1). Il est aussi le plus naturel et le plus conforme à la situation des époux. Il est donc nécessaire que les contractants se servent dans leur acte de

(1) *Infrà,* art. 1400 et 1393.

mariage d'une formule claire et précise, pour déclarer qu'ils ont voulu adopter un régime différent du régime de la loi. Soit qu'ils veuillent se marier sous le régime dotal, soit qu'ils veuillent être séparés de biens, il faut que leur volonté apparaisse sans équivoque.

Tel est le vœu de l'article 1392; il est d'ailleurs d'accord avec les principes.

144. En effet, la dotalité ne se présume pas (1). Ce régime d'immobilité et de contrainte, qui place une espèce de biens hors du commerce, est trop contraire au droit commun, à la nature des choses et à la liberté des personnes capables, pour qu'il puisse être facilement admis. Même dans le droit romain et dans les idées des pays de droit écrit, où cependant le régime dotal était si favorisé, on tenait pour certain que les biens de la femme n'étaient pas présumés dotaux : *Bona mulieris*, dit le président Favre (2), *non præsumuntur dotalia, si dotis constitutio nulla præcesserit; cum enim facti sit, præsumi nullâ ratione potest.* A défaut de stipulation, on tenait les biens des époux

---

(1) *Infrà*, n° 3003.
Roussilhe, *de la Dot*, t. 1, chap. 6, sect. 1, p. 147.
Favre, Code, *de Jure dot.*, déf. 18.

(2) *Loc. cit.*
Junge Perezius, 5, 12, 10.
M. Tessier, *de la Dot*, n° 8.
Infrà, n° 3004.

pour libres de droit et paraphernaux (1). Or, si la dotalité ne se présumait pas en droit romain, combien à plus forte raison dans le droit français moderne, qui considère la dot comme une dérogation au régime légal.

145. Néanmoins il n'est pas nécessaire que la soumission au régime dotal et la constitution de dot résultent de termes sacramentels (2); ces situations peuvent s'induire de l'ensemble des clauses de l'acte. La loi 9, § 2, D., *De jure dotium*, empruntée aux écrits d'Ulpien, est précise à cet égard. Le même jurisconsulte va même jusqu'à dire que la constitution de dot n'a pas besoin d'être formellement stipulée, et qu'elle peut résulter implicitement des faits (3).

146. Et, comme dans les pays de droit écrit, la dot était très-favorable, et que le régime dotal était celui de presque tous les contrats de mariage, on

(1) Menochius, *De præsumpt.*, III, 6, 54.
Fontanella, cl. 5, glos. 7, n° 25.
Furgole, *Questions sur les donations*, quest. 25.
Grenoble, 11 janvier 1840 (Devill., 44, 2, 328).

(2) M. Merlin, Quest. de droit, v° *Dot.*
Guy Pape, quest. 468.
Favre, *loc. cit.*
Grenoble, 21 janvier 1812.
4 juillet 1818. Ces deux arrêts sont rappelés avec un arrêt du 27 février 1825 (Dalloz, 25, 2, 163). Autre du 28 mai 1825 (Dalloz, 25, 2, 164).

(3) L. 23, D., *De jure dotium.*

tenait que la moindre conjecture était suffisante pour faire décider que les époux s'étaient mariés sous le régime dotal (1).

147. Mais aujourd'hui on ne saurait être aussi facile. Sans aucun doute la constitution de la dot ne dépend pas de termes sacramentels (2) : le régime dotal est une combinaison qui a ses rouages caractéristiques : et quand ces rouages se rencontrent, peu importe que le mot propre n'ait pas été prononcé, pourvu que la chose y soit. Mais on ne doit pas dire qu'il faut facilement admettre que les époux ont adopté le régime dotal. Notre article proteste contre cette maxime de l'ancienne jurisprudence des pays de droit écrit.

148. Ici, remarquons-le : nous nous tenons en dehors et des facilités trop grandes d'autrefois pour admettre le régime dotal, et du formalisme de quelques auteurs modernes qui, par une fausse intelligence de l'article 1392, s'imaginent que le régime dotal doit ressortir nécessairement d'une mention expresse, et qu'on doit le repousser quand il se présente implicitement contenu dans les pactes du contrat (3). Nous ne voulons, ni de l'exagération de ces derniers, ni de la facilité des autres. L'article 1392

(1) Favre, *loc. cit.*

(2) M. Odier, t. 3, n° 1062.

(3) MM. Toullier, t. 14, nos 40 et suiv.
Duranton, t. 15, n° 330.

a banni les interprétations douteuses et hasardées, sans se jeter dans les formules sacramentelles. Il demande la certitude dans la volonté des parties. Toutes les fois que cette certitude existe, non pas par des preuves extrinsèques au contrat de mariage, mais par les pactes qu'il renferme, et par les combinaisons dont il est l'expression, il est du devoir du juge de consacrer l'intention vraie des parties, quelle qu'en soit la forme. Il suffit qu'il y ait expression claire, positive, non équivoque de leur vœu; peu importe le moyen par lequel cette expression arrive à la conscience du juge.

Ceci deviendra plus évident par les développements qui vont suivre.

149. L'emploi du mot *dot* n'est pas suffisant dans un contrat de mariage pour faire décider que les époux se sont mariés sous le régime dotal. Autrefois il aurait répondu à tous les scrupules s'il se fût trouvé dans un acte passé en pays de droit écrit. Aujourd'hui il n'en est plus de même. En passant dans la langue d'un peuple qui admet plusieurs régimes matrimoniaux, le mot *dot* a repris le sens large qu'il avait quelquefois dans la littérature romaine, et il signifie le bien que la femme apporte en mariage, à quelque titre que ce soit et sous quelque régime que les époux se soient mariés (1). Chez les écri-

---

(1) V. Du Cange, v° *Dos*, au § *Dos per consuetudinem*.
Art. 1540 et 1443 C. civ.
Infrà, n° 3003.

vains latins, en effet, le mot *dot* n'est pas toujours employé avec la signification précise du régime dotal. Tacite appelle *dot*, le bien que le mari donnait à sa femme chez les Germains, de même que celui que la femme apportait à son mari chez les peuples italiques : *Dotem*, dit-il, *non uxor marito, sed uxori maritus offert* (1). Saumaise donnant l'étymologie du mot *dot*, abstraction faite des définitions des jurisconsultes, remarque très-bien qu'en soi ce mot ne signifie pas autre chose qu'un don, une récompense : *Dos nihil aliud quam donum vel munus* (2).

C'est pourquoi, les pays de coutume donnaient le nom de *dot* au douaire de la femme ; ce qui faisait dire à Delaurière : « La dot, dans nos coutumes, » n'est autre chose que le douaire (3). » Mais il faut reconnaître que dans ces contrées, le mot *dot* se prenait aussi pour le bien que la femme apportait en se mariant (4). Le *Sans dot* de *l'Avare* a été écrit sous la coutume de Paris, par un homme qui connaissait mieux la communauté que la dot romaine (5). Non pas que ce mot *dot* y rappelât les idées du régime dotal ; car, dans ce dernier sens, la femme n'apportait pas de dot à son mari ; mais la dot, c'était l'avoir de

---

(1) *Germania*, 18.
(2) V. Saumaise, *De modo usur.*, p. 145.
(3) V. son Glossaire, v° *Dot*.
(4) Ferrières, v° *Dot*.
(5) V. *l'École des Femmes*, de Molière.

la femme, l'avoir dont partie entrait dant la communauté, et partie lui restait propre sous la condition de laisser au mari la jouissance des fruits. La coutume de Bourgogne appelle positivement *biens dotaux* les propres de l'épouse, dont le mari fait les fruits siens constant le mariage (1). La dot des pays de communauté n'avait donc rien de commun avec la dot du régime du droit romain, si ce n'est que toutes deux contribuaient à soutenir les charges du mariage. Aussi d'Argentré, après avoir rappelé les principes du droit romain sur la dot et l'inaliénabilité de la dot, ajoute cette réflexion : « Voilà bien » des choses qu'il nous faut oublier quand nous » sommes revenus chez nous ; car dans notre Breta» gne il n'y a pas de dot constituée sur ce pied, point » de loi JULIA, point d'imprescriptibilité : *Sed tibi do-* » *mum reverso et pulveri assuescenti, multa hic dedis-* » *cenda sunt; nam jure patrio,* NULLA NOBIS DOS, UT » ILLO QUIDEM JURE, CONSTITUTA, *nulla dotis jura,* » *nullus fundus dotalis, nulla lex Julia,* etc. (2). » En effet, le régime de la communauté était le régime de la Bretagne, et la dot que la femme apportait en mariage n'avait aucun rapport avec les constitutions dotales des Romains.

150. Nous disons donc que le mot *dot* est un terme générique, qui n'appartient pas plus au régime

---

(1) Cout. du comté de Bourgogne, chap. 2, art. 35.
(2) Sur Bretagne, art. 419, glos. 1.

dotal qu'au régime de la communauté (art. 1540 et 1443) (1); et c'est, dès lors, avec grande raison que notre article refuse de voir la création du régime dotal dans la clause par laquelle une femme se constitue en dot tels et tels objets. S'il n'est pas ajouté que les époux entendent se marier sous le régime dotal, cette clause les laisse communs en biens et ne les soustrait pas au régime légal (2).

151. On raisonnera de même en présence de la clause par laquelle les époux déclaraient se marier sans communauté, ou séparés de biens. Quoique le système dotal soit fondé sur une idée de séparation, cependant ce n'est pas une séparation pure et simple; il y existe des conditions et des combinaisons spéciales. On peut être marié hors du régime de la communauté et n'être pas sous le régime dotal; une femme peut être séparée de biens sans passer pour cela sous le régime de la dotalité. S'il ne faut pas porter l'exagération jusqu'à exiger que les mots de *régime dotal* soient solennellement écrits dans le contrat, on doit cependant pouvoir y trouver la volonté des parties sous une forme implicite et précise. A défaut des mots, il faut que la chose y soit, et c'est ce qui ne se rencontre pas ici.

152. Par les mêmes raisons, le contrat de ma-

---

(1) M. Toullier, t. 13, n° 23.
Infrà, n° 1313.
(2) MM. Rodière et Pont, t. 2, n° 372.

riage doit être considéré comme étranger au régime dotal lorsque la femme, après avoir déclaré se marier sous le régime de la communauté réduite aux acquêts, se constitue en dot ses biens avec autorisation donnée à son mari de les vendre, aliéner, à charge de remploi. On ne pourrait faire ressortir la dotalité de la stipulation de remploi. Ce n'est là qu'une garantie particulière contre les actes du mari; mais il n'y a rien qui prive la femme, maîtresse de ses propres, d'opérer à sa guise avec l'autorisation maritale, et d'aliéner ce qui lui appartient avec la liberté propre aux régimes qui ne sont pas le régime dotal (1). Le remploi n'est pas caractéristique de la dotalité; il est au contraire une combinaison née du régime de la communauté. Il faut quelque chose de plus significatif pour imprimer sur les biens de la femme le cachet du régime dotal, et tenir lieu de la déclaration expresse requise par l'art. 1392.

153. On a voulu voir un pacte de constitution dotale dans une clause par laquelle « l'épouse s'était constitué tous ses biens présents et à venir, pour la régie et le recouvrement desquels elle établissait son procureur général et spécial le futur époux, lui donnant à cet effet tout pouvoir utile et nécessaire, sauf la reprise, ainsi que de droit, de tout ce qu'il tou-

---

(1) *Suprà,* n° 81. Toulouse, 24 mars 1830 (Dalloz, 30, 2, 240).
Cass. 29 décembre 1841 (Devill., 42, 1, 5).

chera pour elle en capitaux. Les époux, ajoute le contrat, entendent se marier sous le régime d'une société d'acquêts et non autrement. Les fruits et les revenus feront partie de ladite communauté. » Disons-le sans la moindre hésitation : ce contrat ne constitue pas le régime dotal avec société d'acquêts. C'est une simple communauté réduite aux acquêts (1).

154. Mais, du moins, pourrait-on admettre une constitution dotale, si la femme établissait son mari pour son procureur irrévocable, tant des biens *livrés en dot* que de ceux à venir, sans pouvoir jamais les aliéner et les hypothéquer ? Oui, d'après l'ancienne jurisprudence des pays où le régime dotal formait le droit commun et était facilement accueilli (2) ; non, d'après la jurisprudence qui a pour base le Code civil et l'art. 1392 (3). D'une part, le mot *dot*, employé dans le contrat, est insignifiant ; il convient autant au régime de la communauté qu'au régime dotal (art. 1540) D'autre part, la défense imposée

---

(1) Lyon, 20 avril 1831 (Dalloz, 32, 2, 37 et 38).

(2) Grenoble, 27 février 1825 et 28 mai 1825 (Dalloz, 25, 2, 163).
5 juin 1832 (Dalloz, 32, 2, 219).
11 janvier 1840 (Devill., 44, 2, 328).

(3) Grenoble, 12 février 1830 (Dalloz, 32, 2, 121).
Et 25 mai 1832 (Dalloz, 32, 2. 218).
M. Odier, t. 3, n° 1068.
V. *infrà*, art. 1542.

au mari n'est nullement indicative ici de la volonté de créer le régime dotal. Un mandat est donné au mari, et on déclare, conformément au droit commun en matière de mandat (1), que le mandataire ne pourra pas aliéner. Comment pourrait-il sortir de là un pacte de dotalité?

155. On demande ce qu'il faut penser d'une déclaration faite par la femme, d'après laquelle tous ses biens sont dotaux ; ou bien, de la clause du contrat de mariage qui dirait que tels biens seront dotaux et tels autres paraphernaux?

MM. Rodière et Pont n'hésitent pas à voir la constitution du régime dotal dans ces conventions (2) : mais cette opinion est-elle bien sûre dans sa généralité ?

Examinons le premier pacte, savoir, que tous les biens de la femme lui sont dotaux, sans autre addition qui se réfère aux articles 1540 et suiv. du Code civil. MM. Rodière et Pont sont d'avis que les expressions *biens dotaux*, sont naturellement synonymes de *biens soumis au régime dotal;* car, disent-ils, jamais dans le Code civil, pas plus que dans les anciennes coutumes, les propres de la femme ne sont désignés sous le nom de *biens dotaux*. Mais si je lis l'art. 35 du chap. 2 de la coutume du comté de Bourgogne, j'y trouve précisément les propres de la femme appelés *biens dotaux* :

---

(1) Art. 1988 C. civ.
(2) N° 376.

d'où il suit que la qualité de *biens dotaux* donnée aux biens de la femme, ne suffit pas pour faire décider qu'elle a voulu se marier sous le régime dotal. Et d'ailleurs, quelle différence y a-t-il entre des biens qu'on appelle dotaux, et des biens qu'on déclare constitués en dot? Si la constitution des biens en dot ne soumet pas au régime dotal, pourquoi les époux y seraient-ils soumis par cela seul qu'ils auraient appelé les biens de la femme *dotaux?* Est-ce qu'il n'y a pas d'ailleurs une foule de contrats de mariage dans lesquels l'apport du mari est qualifié *dotal ?* et cependant le régime dotal est-il compatible avec cette dénomination ?

Nous ne pensons donc pas que la qualité de *biens dotaux* donnée aux biens de la femme suffise, à elle seule, pour soumettre les époux au régime dotal. La coutume de Bourgogne confirme pleinement cette vérité et la jurisprudence y est conforme (1).

156. Mais que dirons-nous du second pacte, que tels biens seront dotaux, et tels biens paraphernaux ?

En 1806 les époux Martin se marient, avec un contrat de mariage dans lequel la future se constitue des biens dotaux et des biens paraphernaux, et stipule qu'il n'y aura pas de communauté.

Un jugement du tribunal de Bourgoin, confirmé par arrêt de la Cour de Grenoble, déclara cette

---

(1) Cass. req. 11 juillet 1820 (Devill., 6, 1, 275). Les motifs s'appliquent directement ici.

clause insuffisante pour soumettre les biens de la dame Martin à l'inaliénabilité dotale, et sur le pourvoi, la requête fut rejetée par arrêt du 11 juillet 1820 (1).

Cette décision est approuvée par la plupart des auteurs (2) : Il faut, disent-ils, une soumission exposée au régime dotal (art. 1392), et ici cette circonstance n'existe pas. L'art. 1392 a voulu proscrire les constitutions de dot implicites et tacites, qui font obstacle au régime légal.

157. Je ne blâme pas la Cour de cassation d'avoir rejeté le pourvoi sur un point où l'interprétation des juges du fait a tant d'autorité (3). La Cour de cassation a sans doute le droit d'apprécier les clauses des contrats de mariage : cette matière est d'ordre public; elle sort du cercle des contrats ordinaires. Mais il faut la violence la plus ouverte et la plus flagrante de la volonté des parties, pour que la Cour de cassation se permette de se mettre au-dessus de l'appréciation de la Cour d'appel. Ce qui doit être désapprouvé sans restriction, c'est l'arrêt de la Cour de Grenoble, qui fait prévaloir un régime différent du régime

---

(1) Devill., *loc. cit.*

(2) MM. Toullier, t. 14, n° 45.
Tessier, t. 1, p. 7.
Duranton, t. 15, n° 332.

(3) Cass. req. 28 juillet 1833 (Dalloz, 34, 1, 31).

dotal, car ce régime dotal me paraît résulter expressément du contrat de mariage (1).

Il en résulte expressément ; car, qu'on veuille bien combiner ces trois circonstances : exclusion de communauté, réserve de paraphernaux, constitution de biens dotaux ; et qu'on dise ensuite si ce n'est pas là le régime dotal. Est-ce qu'on connaît un régime qui n'est pas le régime dotal et qui admet des paraphernaux ? est-ce qu'il n'est pas certain qu'il n'y a de biens paraphernaux que dans le régime dotal ? est-ce que les art. 1574 et suiv., qui traitent des paraphernaux, ne se lient pas au régime dotal, à la dot telle qu'elle est constituée par le chap. 3 ?

158. Mais, dit M. Duranton, puisque la déclaration de la femme, qu'elle se constitue des biens dotaux, ne suffit pas pour établir le régime dotal, on ne voit pas pourquoi l'addition des *paraphernaux* donnerait à la *constitution de dot* un effet qu'elle n'a point par elle-même (2). Singulière objection !

Sans doute la déclaration *de la constitution de dot* ne suffit pas, à elle seule, pour créer la dotalité ; sans doute cette *simple déclaration*, comme dit l'art. 1392, n'a rien d'assez positif pour ériger un régime aussi plein d'entraves que le régime dotal. Mais quand cette déclaration n'est pas seule, quand elle n'est pas simple, quand il y a une addition qui fixe le ca-

---

(1) *Junge* MM. Rodière et Pont, t. 2, n° 376

(2) Tome 15, n° 334.

ractère de la dot, une addition qui prouve que la dot que les époux ont constituée, n'est pas la dot du chap. 2, mais la dot du chap. 3; quand tout cela existe, de quoi M. Duranton s'étonne-t-il ?

Or, la création de biens paraphernaux, à côté de biens dotaux, précise invinciblement le caractère de la dot; la réserve de biens paraphernaux prouve aux yeux les moins clairvoyants, que la dot que les époux ont voulu organiser, est celle du chap. 3, dont la section des biens paraphernaux fait partie. Et dès lors, il est manifeste que la constitution de dot n'est pas tacite, conjecturale, divinatoire; elle est expresse; elle résulte implicitement, mais nécessairement, des termes employés et des clauses exprimées.

159. Cette erreur n'est pas la seule qui puisse être reprochée aux auteurs que j'ai cités; en voici une autre qui n'est pas moins palpable :

M. Bellot des Minières ayant enseigné dans ses leçons sur le contrat de mariage (1), que l'on devrait voir une constitution du régime dotal dans un contrat de mariage qui, sans employer la formule sacramentelle, aurait déclaré que la femme se constitue en dot tels et tels biens, et que ces biens sont inaliénables, M. Toullier a soutenu que cette opinion est hasardée (2). MM. Duranton (3) et Odier (4) se

---

(1) Leçon 18.
(2) Tome 14, n° 45.
(3) Tome 15, n° 330.
(4) Tome 5, n° 1064.

sont joints à M. Toullier, et M. Bellot des Minières est resté comme accablé sous le coup de ses adversaires.

Cependant M. Bellot des Minières a raison, et M. Toullier, malgré ses auxiliaires, n'est pas ici le guide qu'il faut choisir. Quelle est la raison dominante de ce dernier? c'est que l'inaliénabilité n'est pas un caractère distinctif du régime dotal, car il peut y avoir régime dotal et faculté d'aliéner ; c'est que l'inaliénabilité du fonds dotal est compatible avec le régime de la communauté, ainsi que la Cour de cassation l'a jugé par arrêt du 9 août 1826 (1).

Voilà des propositions au moins étranges ; et certes ce serait chose bien merveilleuse, si la Cour de cassation avait décidé que le bien de la femme peut être déclaré inaliénable sous le régime de la communauté! Mais où donc est cet arrêt dont parle M. Toullier? Si je recours à la collection de M. Dalloz, au lieu indiqué par M. Toullier, je trouve un arrêt du 9 novembre, et non pas du 9 août, et cet arrêt ne juge pas un mot de la question. Il est rendu sur une cause de remploi agitée entre des tiers et une femme mariée sous le régime dotal, avec facilité d'aliéner, moyennant remploi (2).

---

(1) Dalloz, 27, 1, 43.

Junge M. Duranton, t. 15, nos 297 et 331.

(2) Il est à remarquer que M. Duranton cite aussi dans le même sens que M. Toullier ce prétendu arrêt du 9 août 1826 (t. 15, n° 297).

Nous convenons cependant que rien ne s'oppose à ce que le contrat de mariage allie le régime dotal à une société d'acquêts (1). On a vu aussi des exemples d'inaliénabilité dotale accouplés, tant bien que mal, à une communauté irrégulière et incomplète (2). Mais, malgré ce voisinage de la communauté, le régime dotal ne s'en est pas moins dessiné dans les contrats de mariage en question, comme étant indépendant de la communauté, comme créant pour les biens qu'il avait en vue, un régime à part et tout à fait différent. C'est comme biens dotaux, constitués en vertu des art. 1554 et suiv. du Code civil, que ces biens ont été considérés, et non comme biens dépendants d'une communauté (3). En pareil cas, on a pensé que la femme n'était pas commune pour ces biens ; on a pensé qu'il fallait sortir du régime de la communauté, et passer dans le régime dotal ; on a vu que ce que les époux avaient voulu, était autre chose que la communauté.

Que l'on cesse donc de dire que le fonds constitué en communauté peut être déclaré inaliénable ; qu'on cesse surtout de mettre cette hérésie sur le compte de la Cour de cassation. Non ! l'inaliénabilité n'est admissible que dans un régime autre que la communauté, et nous ajouterons que l'inaliénabilité n'est compatible qu'avec le régime dotal. Partout

---

(1) *Suprà*, n[os] 80 et 81 ; art. 1581 C. civ.
(2) *Suprà*, n° 81; Cass. 24 août 1836 (Devill., 36, 1, 914).
(3) Arrêt de Cass. précité.

ailleurs, elle est un contre-sens ou une atteinte portée à la liberté (1). On ne peut la soutenir qu'en la liant au régime dotal.

Il est vrai que M. Toullier, et après lui M. Duranton, essaient d'écarter cette proposition en faisant remarquer que l'inaliénabilité est si peu le caractère distinctif du régime dotal, qu'il peut y avoir dotalité avec faculté d'aliéner. Sans aucun doute, mais alors la dotalité n'est pas la dotalité pure et normale ; c'est la dotalité mitigée et altérée ; c'est la dotalité privée d'une de ses garanties et d'un de ses supports. Le régime dotal, dans son expression la plus haute et la plus énergique, se montre avec l'inaliénabilité pour cortége ; de telle sorte qu'il n'y a pas un régime matrimonial connu où se trouve l'inaliénabilité, sans qu'on n'y trouve la dotalité comme cause première. En deux mots : il peut y avoir régime dotal sans inaliénabilité, mais il ne peut y avoir inaliénabilité sans régime dotal.

160. Au reste, les auteurs ne sont pas seuls coupables de ces subtilités d'interprétation qui étouffent la vérité sous des scrupules formalistes ; écoutons l'espèce d'un arrêt de la Cour royale de Lyon du 15 avril 1845 (2).

Les époux Perrot adoptent le régime de la communauté réduite aux acquêts, et ils ajoutent : « Les

---

(1) *Suprà*, n° 80.
(2) Devill., 46, 2, 247.

» biens personnels de la future seront assujettis au
» régime dotal; ils comprendront, etc., etc. » Puis on ajoute : « Relativement aux biens *constitués sous le » régime dotal,* la future se réserve le droit d'en » disposer sous l'autorité de son mari. » Si on veut prendre les choses ingénument, on sera convaincu que la volonté des époux avait été de mêler le régime dotal avec une société d'acquêts, combinaison autorisée par l'art. 1581 et usitée dans beaucoup de pays de régime dotal.

Mais qu'arriva-t-il ? c'est que la dame Perrot, qui avait souscrit des engagements personnels (autorisés, à ce qu'il semble, par son contrat de mariage), voulut se prévaloir de la jurisprudence de ces derniers temps pour soutenir que son obligation était nulle, et qu'en se réservant la faculté d'aliéner sa dot, elle n'avait pas stipulé le droit de l'affecter par voie d'obligation. Or, pour quiconque connaît un peu l'esprit des provinces de Lyonnais, Forez et Beaujolais, il est certain que cette jurisprudence est une cause de trouble, une occasion de manques de foi scandaleux, un bouleversement de toutes les idées reçues et pratiquées. Que faire cependant ? Si la Cour royale de Lyon eût résisté à la jurisprudence, son arrêt aurait été cassé. Si elle eût adopté le système de la dame Perrot, elle eût consacré une injustice révoltante. Que faire encore une fois ? On aima mieux venir au secours de la justice et de l'équité par une interprétation forcée du contrat de mariage : l'on décida que les époux avaient entendu rester sous l'empire de la communauté, sans se placer aucunement sous l'égide du régime dotal.

En soi, la pensée de l'arrêt a son excuse; mais il n'est pas moins vrai que le sens donné par la Cour au contrat de mariage, n'est pas un modèle de saine interprétation. C'est là un arrêt d'espèce, si jamais il y en a eu; et il faut déplorer l'existence d'une jurisprudence qui oblige des juges consciencieux à recourir à de tels faux-fuyants.

161. La conclusion de tout ceci, c'est qu'on doit rechercher l'intention des époux par la voie la plus droite, et sans exiger rien de sacramentel et de minutieux dans l'expression. Le contrat de mariage est un contrat de bonne foi; pourquoi en altérer la sincérité par des subtilités arbitraires, mieux écoutées dans les disputes de l'école que dans une pratique sensée?

162. Ce n'est pas assez que de s'être assuré que les époux ont préféré le régime dotal au régime de la communauté; il faut encore savoir ce que comprend la dotalité imposée au mari comme loi du mariage et à quels biens elle s'étend. Ce sera l'objet du commentaire de l'art. 1541 (1).

Article 1393.

A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient,

---

(1) *Infrà*, nos 3804 et suiv.

les règles établies dans la première partie du chapitre II, formeront le droit commun de la France.

SOMMAIRE.

163. La communauté est le régime légal entre époux. — Cependant la loi n'exclut pas d'autres combinaisons. Liberté des conventions matrimoniales.
164. Avantages de cette liberté.
165. Mais la communauté est le droit commun de la France.
166. Dans le doute, il faut préférer le droit commun au droit exceptionnel.
167. Opinion de quelques auteurs qui pensent que le Code civil a donné trop d'extension à la communauté légale, et qu'il aurait mieux valu prendre pour type la communauté réduite aux acquêts.

    Réponse à cette opinion : Le Code n'a fait que consacrer des faits pratiques; il n'a rien inventé ni rien essayé ; il s'est conformé à la coutume générale et aux mœurs.
168. Opinion des auteurs qui, à l'inverse des précédents, ont trouvé que le Code n'avait pas donné assez d'étendue à la communauté. Exagération de leur système.

    Observation sur la sagesse du Code civil, qui a évité les écarts et les excès.

COMMENTAIRE.

163. Nous l'avons dit ci-dessus (1): le Code civil, trouvant en présence le régime de la communauté

(1) N[os] 18, 19, 20, 21 et 35.

et le régime dotal, a sagement fait de donner à la communauté une préférence que commande sa nature plus sympathique avec le but et les effets du mariage. Mais il a sagement fait aussi de ne pas exclure du domaine libre des conventions le régime dotal, qui, dans certains cas, a ses avantages à côté de beaucoup d'inconvénients. Le Code a rendu hommage à la liberté des conventions, liberté si nécessaire à la conclusion des mariages, et qui joue un si grand rôle dans notre sujet (1).

164. Cet esprit libéral du Code civil porte aujourd'hui des fruits heureux : chacun peut choisir en connaissance de cause le régime qu'il croit le plus favorable à son avenir ou à celui de ses enfants; on obéit beaucoup moins qu'autrefois à des préjugés de province et à d'invincibles partis pris. La communauté a pénétré dans les pays de régime dotal; le régime dotal, mitigé par quelques combinaisons qui le rendent plus souple, n'est plus inconnu dans les pays de communauté. La dot commence à être pratiquée à Paris, ce pays par excellence de la communauté; la communauté a des exemples dans les départements méridionaux, ces pays par excellence de la dot. Bien plus, on voit quelquefois les divers régimes être tour à tour préférés dans la même famille. Je connais un père qui marie ses

---

(1) *Infrà*, n° 1841.

filles sous le régime dotal, et ses garçons sous le régime de la communauté.

165. Il n'en est pas moins vrai que le régime de la communauté est le régime légal, c'est-à-dire le régime qui gouverne les époux quand ils n'ont pas fait de contrat de mariage ; le régime de la communauté est le droit commun : c'est notre article qui le déclare. Et ce droit commun lie les époux, à moins qu'il n'y ait été dérogé par des stipulations spéciales et des modifications.

166. Comme le droit commun a toujours la préférence sur le droit exceptionnel, les pactes destructifs de la communauté doivent être clairs et positifs pour l'emporter sur la volonté de la loi (1). Dans le doute, on préférera donc la communauté à la dotalité : « *Talem denique* (dit Voet) *pacta dotalia videntur* » *recipere oportere interpretationem*, UT QUAM MINIMÈ » A JURE COMMUNI STATUTARIO, PER EA RECESSUM INTEL- » LIGATUR (2). »

Cependant, ne poussons pas à l'excès cette prédilection ; le commentaire de l'article précédent pourra aider les esprits attentifs à rester dans le juste milieu.

167. Quelques écrivains ont reproché au Code civil d'avoir donné trop d'extension au régime de la

(1) *Infrà*, n° 1845.

(2) *De pact. dotalib.*, n° 74.

communauté, qui forme le droit commun; ils auraient voulu que le Code eût pris la communauté réduite aux acquêts pour le type privilégié du contrat de mariage (1). Ils ne font pas attention que le Code civil n'a rien créé en cette matière, qu'il a accepté les choses dans leur état pratique, qu'il n'a fait que faire passer dans la loi les résultats positifs d'une expérience cinq ou six fois séculaire. Qu'est-ce que le régime de la communauté, auquel nous renvoie notre article? est-ce une invention moderne, un essai improvisé? non; c'est le régime de tout temps adopté dans la France coutumière; c'est un fruit des mœurs les plus invétérées et des habitudes les plus profondes. Le Code aurait donc fait violence aux idées chères aux populations s'il eût réduit la communauté aux acquêts. Il s'est mis à leur niveau en consacrant la vieille communauté coutumière, née des entrailles du sol et règle immémoriale des familles; il a fait assez pour la satisfaction des intérêts exceptionnels en autorisant les parties à réduire la communauté aux acquêts. Il faut donc se tenir en garde contre une critique qui, bien qu'ingénieuse, ne tend à rien moins qu'à mettre un système à la place d'un fait expérimenté.

168. D'autres auraient voulu que le Code, plus conséquent avec l'idée d'association qui préside au

---

(1) M. Chauffour, *Revue de législation*, novembre 1847, p. 370.

mariage (1), eût établi, en règle de droit commun, une communauté universelle de biens, reflétant, dans l'ordre des intérêts privés, l'étroite et indissoluble union qui lie les personnes l'une à l'autre (2). Rien ne prouve mieux que cette opinion combien la pratique des affaires est éloignée des théories absolues. La communauté universelle n'a jamais été qu'une exception rare dans les mariages antérieurs au Code civil (3); depuis que le Code l'autorise, c'est à peine si on en trouve quelques exemples. On a senti, en effet, que les époux en se donnant la main pour former un même corps et un même esprit, ne deviennent cependant pas étrangers à leur famille d'origine, et que si le mariage les laisse sans enfants, ils doivent à cette même famille quelque chose de la substance qu'ils en ont tirée : de là, le régime des propres, qui joue un si grand rôle dans la société conjugale. Les propres donnent leurs fruits à la communauté; mais le fond et la propriété en restent à l'époux : c'est un patrimoine qui ne se communique pas. Par là, la société conjugale évite de tomber dans les excès qui, sans cela, l'auraient rendue odieuse (4) et l'auraient fait repousser par la liberté des conventions.

De tout ceci il faut conclure que le Code civil s'est

---

(1) *Consortium omnis vitæ* (Modest., l. 1, D., *De ritu nupt.*
(2) *Divini et humani juris communicatio*, id.
(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n°s 301 et 302.
(4) *Infrà*, n° 30.

tenu dans le véritable et juste milieu; il n'a fait ni trop ni trop peu : *in medio virtus.* Il a évité l'esprit de système, si fatal aux nations, quoique si tentant pour l'orgueil des législateurs. Ceux qui ont en main le souverain pouvoir de donner des lois à un peuple, se laissent facilement aller, surtout aux époques de régénération, à l'amour des créations nouvelles. Le Code civil est venu dans un moment où la démocratie, sortie victorieuse de notre première révolution, travaillait à fonder les institutions civiles. La sagesse de ses auteurs a su éviter, par une rare modération d'idées, l'entraînement fatal des innovations. Ils n'ont eu que la modeste mais difficile ambition de se mettre au niveau du besoin des populations, dont les intérêts repoussent les tentatives systématiques et hasardées, et dont l'affection est surtout acquise aux lois fondées sur l'expérience.

Article 1394.

Toutes conventions matrimoniales seront rédigées, avant le mariage, par acte devant notaire.

SOMMAIRE.

169. De l'autorité et de la solennité des contrats de mariage. — Paroles de Brodeau à ce sujet.

Le contrat de mariage doit être examiné, 1° par rapport au temps, 2° par rapport à la forme extérieure.

170. § 1er. Du temps où le contrat de mariage doit être fait. Il doit précéder le mariage.

171. Il en était autrement en droit romain. A cet égard, il y a infériorité du droit romain par rapport au droit français.

Après le mariage, les époux ne sont pas suffisamment libres. Il ne faut pas mettre les intérêts des deux familles aux prises avec l'affection des époux. Il faut aussi certitude pour les tiers.

172. Raisons de ceux qui, comme M. Toullier, croient que le Code civil s'est montré trop sévère en proscrivant les pactes post-nuptiaux.

173. Réponse à ces objections.

174. Conclusion.

C'est une règle d'ordre public que le contrat de mariage doit précéder le mariage.

175. Le contrat de mariage, quoique passé dans un temps très-voisin du mariage conclu, ne serait pas moins nul.

176. Il ne faudrait pas s'arrêter non plus à un contrat signé après la célébration, quoique rédigé avant.

177. *Quid* d'un contrat de mariage dans lequel le notaire, trompé par les parties, aurait déclaré qu'il était antérieur au mariage, tandis que les parties seraient mariées depuis quelque temps ?

En pareil cas, la preuve testimoniale de la fraude est admissible.

178. *Quid* du contrat de mariage passé, non plus frauduleusement, mais de bonne foi, après le mariage ?

Exemple. Arrêt de Colmar.

179. Quand le contrat de mariage est passé après le mariage dans un pays qui autorise les pactes post-nuptiaux, le contrat doit être respecté en France.

180. Il n'y a pas de ratification faite pendant le mariage, qui puisse valider le pacte post-nuptial contraire à l'article 1394.

181. Mais à la dissolution du mariage, la nullité n'est plus d'ordre public.

182. De la prescription de l'action en nullité.

200. De l'époque à laquelle les époux peuvent demander la nullité du contrat de mariage.

COMMENTAIRE.

169. Soit que le contrat de mariage ait adopté le régime de la communauté légale ou modifiée, soit qu'il ait préféré le régime dotal, il est soumis dans sa forme à des règles importantes, dictées par un intérêt public, et destinées à procurer à ce contrat, le plus solennel de tous, la certitude, la fixité, la publicité, la confiance. Brodeau a très-bien fait ressortir son caractère : « Entre toutes les conventions des » hommes, il n'y en a point qui aient plus de poids, » de solidité et de stabilité, ni plus d'autorité et qui » lient plus fortement la société civile, que les contrats » de mariage, auxquels, comme au centre, aboutis» sent tous les actes particuliers qui se passent entre » conjoints. Aussi, il n'y en a point où l'on apporte » plus de solennité (1). »

Deux points, surtout, dominent cette partie de notre sujet : 1° l'époque à laquelle le contrat de mariage doit être fait et arrêté; 2° la forme extérieure dans laquelle il doit être réalisé.

170. Voyons d'abord le temps dans lequel le contrat de mariage doit nécessairement avoir lieu pour être valable.

---

(1) Sur Louet, lettre M, somm. 4.

C'est une règle très-ancienne du droit français, que le contrat de mariage doit précéder le mariage (1) ; que, par conséquent, il ne saurait y être fait aucun changement après le mariage ; que les époux une fois unis ne sont plus libres, soit de modifier le régime légal qui a été la règle de leur association, soit le régime conventionnel qu'ils ont préféré. C'est un de ces cas exceptionnels où le repentir n'est pas admis en matière de convention (2).

171. Le droit romain avait là-dessus des principes fort différents ; il permettait les pactes matrimoniaux faits après le mariage : *pacisci post nuptias, etiamsi nihil ante convenerit, licet* (3) ; et cette jurispru-

---

(1) *Infrà*, nos 194 et 200.
Louet, lettre M, somm. 4.
Et Brodeau sur Louet, *loc. cit.*
Brillon, vo *Contrat*, no 14, et arrêts qu'il cite.
Orléans, art. 202.
Blois, art. 161.
Pothier, nos 19, 32.
Lamoignon, t. 32, no 5.
MM. Merlin, Répert., vo *Conventions matrimoniales*, § 2.
Tessier, t. 1, note 7, p. 50.
Odier, t. 2, no 648.
(2) *Suprà*, no 16.
(3) L. 1, D., *De pactis dotalib.*
V. aussi l. 25, § 2, *eod. cit.*
Instit., *De donat.*, § 3.
Paul, *Sent.* 2, 22, § 1.
L. 19 et 20, C., *De donat. ante nupt.*

dence faisait règle dans les pays de droit écrit (1).

Mais en ceci, comme en beaucoup d'autres points, le droit romain s'est montré inférieur au droit français (2). Il n'a pas vu, malgré sa sagesse habituelle, ce qu'une connaissance plus approfondie du cœur humain a appris au droit coutumier, savoir : que les conventions intervenues après le mariage manquent d'une liberté suffisante (3) ; qu'elles souillent l'affection conjugale par la vénalité ; qu'elles livrent à la merci du caprice la confiance que les tiers ont placée dans la fortune des époux. Lorsque le mariage a déjà associé les conjoints, il règne entre eux des sentiments qui ne laissent pas assez de place à la volonté libre (4). L'entraînement de l'affection peut nuire à la prudence, et donner au patrimoine propre et aux biens de famille une destination irréfléchie. D'ailleurs, pourquoi ouvrir aux époux une voie dans laquelle ils peuvent si facilement trouver la tentation de la cupidité, et faire servir le masque de l'amitié à des calculs mercenaires (5)? Enfin, sans la stabilité du contrat de mariage, l'union conjugale serait une

---

(1) Serres, p. 191.
Despeisses, *de la Dot*, t. 1, p. 476.
Favre, Code, 2, 22, 1.
M. Tessier, t. 1, p. 43 et 44, note 63.
Voet, *De pact. dot.*

(2) *Suprà*, n° 20.

(3) *Suprà*, n° 17. *Infrà*, n° 202.

(4) *Id.*

(5) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*

source de contentions ; suivant que les biens augmenteraient ou diminueraient, on changerait la situation des conjoints. Ce qui serait inaliénable, on le ferait aliénable; ce qui serait sujet à emploi, on le dissiperait; le propre conventionnel deviendrait acquêt; les tiers n'auraient plus rien de certain, et la famille serait sans loi (1).

172. Ces observations répondent à ceux qui n'ont pas vu pourquoi le contrat de mariage perd ses prérogatives pour être passé après la célébration. Le mariage, disent-ils, a des effets différents du contrat ; souvent le mariage subsiste, et le contrat tombe frappé de nullité. Pourquoi donc voudrait-on qu'un mariage antérieur ôtât l'effet à un contrat postérieur? Serait-ce parce que le régime légal de la communauté, qui se trouve établi de plein droit, a acquis par la célébration une existence définitive, qu'un contrat postérieur ne saurait lui enlever? Mais faut-il donc faire de ceci une question de prévention entre la loi et les parties? n'est-il pas vrai que la loi n'a voulu parler qu'à défaut des parties et, pour ainsi dire, d'une manière subsidiaire? Eh bien! quand les parties s'expliquent, n'est-il pas juste de leur donner la préférence? Qu'importe, du reste, qu'elles s'expliquent avant le mariage ou après? les rigueurs minutieuses sont ici hors de saison. Après le mariage,

(1) Louet, *loc. cit.*

les époux se connaissent mieux; ils peuvent juger avec plus de maturité ce qui leur est expédient; ils ont l'expérience de la vie commune et le sentiment de ce qu'elle exige.

173. Mais ces objections, bien que reproduites par M. Toullier (1) dans un de ces moments d'oubli si fréquents dans son dernier ouvrage, tombent devant un examen attentif. Répétons-le, car c'est une vérité écrite dans le cœur humain : les conventions intervenues entre mari et femme n'ont pas le même caractère de liberté qu'entre personnes encore étrangères, et c'est ce que le droit romain lui-même a reconnu plus d'une fois (2). Voilà pourquoi la question de temps est si décisive en cette matière; voilà pourquoi les coutumes, attentives à prévenir la captation dans des traités si intéressants ponr les familles, exigeaient que les conventions matrimoniales précédassent le mariage (3);

---

(1) Tome 12, nos 24 et 25.

(2) Scœvola, l. 66, D., *De donat. inter vir.*
Ulp., l. 1, D., *De donat. inter vir.*

(3) Orléans, art. 202.
Blois, art. 161.
Dumoulin sur l'art. 26, chap. 14, de la coutume d'Auvergne.
Lebrun, liv. 1, chap. 3, n° 24.
D'Argentré sur Bretagne, art. 220, glos. 6, nos 3, 4, 5, 8 et 9.
Bacquet, *Droits de justice*, chap. 21, n° 73.

voilà pourquoi le Code civil a suivi cette direction. Un contrat de mariage est d'ailleurs une loi pour les tiers; il doit être fixe, immuable. Or, lorsque la célébration a eu lieu sans contrat, les époux ont reçu de la loi un régime de communauté qu'ils sont censés avoir adopté tacitement : pourquoi donc un repentir tardif viendrait-il détruire ce double ouvrage de la loi et de leur volonté?

Et puis, pendant combien de temps le repentir sera-t-il permis? Serait-ce pendant les premiers temps du mariage que les époux auraient la permission de substituer un régime conventionnel au régime légal? mais c'est précisément alors que l'affection conjugale est plus fervente et plus irréfléchie. Serait-ce plus tard et lorsque le sentiment a fait place à la réflexion? mais quoi! lorsque les tiers auraient traité sur le pied d'un régime de communauté, on viendrait brusquement renverser cet état de choses, offrir d'autres combinaisons, et ouvrir la porte à l'instabilité la plus contraire au crédit (1)!

174. Le contrat de mariage doit donc nécessairement précéder le mariage ; si l'on veut bien y réfléchir, il est, par son essence, un contrat anténuptial. C'est là une règle d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent déroger par leur consentement.

---

(1) M. Toullier a été réfuté par M. Demante (*Thémis*, t. 8, p. 161 et 229).
Junge M. Duranton, t. 14, n° 38.
M. Odier, t. 2, n° 648.

Tout contrat de mariage postérieur au mariage est de nul effet; les époux sont censés mariés sous le régime de la communauté (1).

175. Cette vérité doit être maintenue alors même que le contrat de mariage serait passé dans un temps de très-peu postérieur au mariage.

Ainsi, par exemple, un contrat de mariage fait le soir de la célébration serait nul. Un arrêt du parlement de Paris du 17 mai 1677 n'a jugé le contraire qu'à raison de circonstances particulières (2); il s'agissait d'un mariage inégal, et l'on crut devoir valider le contrat qui enlevait à l'époux d'un rang inférieur une opulente communauté, pour le réduire à une dot de médiocre importance. (3) Un tel arrêt ne saurait tirer à conséquence.

176. On ne s'arrêterait pas non plus à un contrat qui, ayant été dressé avant la célébration, n'aurait été signé qu'après (4). Un arrêt contraire du parlement de Paris du 7 décembre 1701 n'est qu'un arrêt de circonstance, une décision de faveur pour des personnes d'un rang honorable et d'un crédit avéré. Le contrat de mariage n'est rédigé en acte notarié que par la signature, et si la signature ne précède pas le mariage, l'art. 1394 est violé.

---

(1) V. *infrà*, n° 180. Je reviens là-dessus.

(2) Journal des audiences, t. 3, n° 2, chap. 15.

(3) Lebrun, liv. 1, chap. 3, n° 30.

(4) *Id.*, n° 31.

Aujourd'hui que la loi est égale pour tous, aujourd'hui que l'impartialité des juges ne fait pas acception des personnes, il n'est pas un justiciable qui puisse échapper à cette obligation.

177. Comme le notaire ne prête son ministère que pour attester et authentiquer les faits qui se passent sous ses yeux, et qu'il ne lui est pas toujours facile de pénétrer les dissimulations dont les parties peuvent user à son égard, il ne serait pas impossible que des personnes déjà mariées depuis quelques heures, se présentassent à lui comme libres, et fissent rédiger dans son étude un contrat de mariage qui, en apparence, aurait le caractère d'un contrat anté-nuptial. Que pourraient faire les tiers pour remédier à cette fraude? Ce cas s'est présenté en Auvergne : il est arrivé que des personnes déjà mariées, trompant le notaire, lui ont fait passer un contrat de mariage lorsque la célébration venait d'avoir lieu, et l'on a agité la question de savoir si la preuve testimoniale de cette fraude pouvait être admise, malgré les énonciations portant que le contrat était fait en vue du *futur mariage*.

Il ne faut pas hésiter à le reconnaître : comme la fraude fait exception à toutes les règles, la preuve testimoniale d'une telle surprise est admissible ; elle a été reçue par la Cour de Riom, d'accord sur ce point avec la Cour de cassation (1).

---

(1) 11 janvier 1837 (Devill., 37, 2, 421). Le pourvoi a été rejeté, 18 août 1840 (Devill., 40, 1, 785).

178. Mais ce n'est pas assez de repousser le contrat de mariage fait frauduleusement après la célébration ; il faut encore n'en tenir aucun compte, lors même que ce serait de bonne foi qu'il aurait été fait pendant le mariage. A la vérité, il est rare de trouver la bonne foi dans un cas où se rencontre si ouvertement la violation de la loi ; elle n'est pourtant pas impossible, comme on va le voir, et elle ne saurait servir de manteau à une infraction si grave à une disposition d'ordre public.

Supposons, par exemple, que les époux, dans la fausse pensée que leur mariage est nul, en contractent un second, et qu'ils fassent précéder cette seconde célébration d'un contrat de mariage : ce contrat est nul ; le premier mariage étant valable, s'oppose à tout changement dans le régime qui s'est originairement appliqué à l'association conjugale. C'est ce que la Cour royale de Colmar a très-bien jugé par arrêt rendu en audience solennelle le 25 janvier 1823 (1). Dans l'espèce, les époux s'étaient mariés en pays étranger, sans avoir fait de contrat ; ils étaient par conséquent communs en biens... A leur retour en France, pénétrés de l'idée erronée que leur mariage était entaché de nullité, ils en contractèrent un second, et cette fois ils firent un contrat qui réduisait la communauté aux acquêts. Les créanciers ayant attaqué ce contrat de mariage, en obtinrent la nullité. Communs en biens par l'ef-

---

(1) Dalloz, 24, 2, 37.

fet de leur mariage en pays étranger, les époux n'avaient pu détruire ou modifier cette communauté.

179. Quand le mariage est célébré dans un pays étranger qui permet les pactes dotaux après le mariage, les Français qui profitent, hors de leur patrie, de cette permission de la loi étrangère, peuvent faire valoir en France les conventions ainsi faites après le mariage, en pays étranger. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la Cour de Montpellier du 25 avril 1845 (1), à propos d'un mariage célébré en Espagne, où l'on suit les errements des lois romaines. Ceci se rattache à la célébration extérieure du contrat et participe de sa forme. C'est le cas d'appliquer la maxime : *Locus regit actum*. Il peut résulter de là quelque bizarrerie; mais c'est un inconvénient attaché à la diversité des statuts chez les différents peuples. Que cette diversité ne soit pas, du reste, une objection contre les principes essentiels sur lesquels le droit repose; qu'elle nous engage plutôt à comparer la jurisprudence des peuples voisins avec la nôtre, et à rechercher dans cette étude celle qui est parvenue au plus haut degré de perfectionnement (2).

180. J'ai dit tout à l'heure que si le mariage

(1) Devill., 45. 2, 17.
Mailher de Chassat, *des Statuts*, n°s 99 et 191.

(2) *Infrà*, n° 188.

est célébré en France sous le Code civil, il n'est pas permis aux parties de déroger par leur consentement à la disposition de la loi qui veut que le mariage soit précédé par le contrat (1), et cette vérité est de toute évidence. Toute convention faite pendant le mariage et tendant à ratifier un contrat ainsi frappé de nullité, serait aussi nulle que le contrat lui-même ; loin d'y ajouter aucune force, elle ne serait qu'une aggravation de la violation de la loi (2). C'est ce qu'a jugé la Cour de Nîmes dans une espèce compliquée de circonstances curieuses.

Un contrat de mariage avait été passé entre le sieur Manen, futur époux, et les sieur et dame Geminard, père et mère de la demoiselle Geminard, qui était la future. Cette fille n'avait pas été présente au contrat ; elle n'avait pas donné de mandat pour s'y faire représenter : seulement ses père et mère avaient pactisé en se portant fort pour elle, et promettant sa ratification. Cependant cette ratification n'avait pas eu lieu avant le mariage ; l'union nuptiale avait été célébrée sans que la demoiselle Geminard eût manifesté la volonté de se rendre propre le contrat de mariage Les époux Manen vécurent ensemble pendant de longues années, et il paraît que, durant le cours de leur union, ils passèrent beaucoup d'actes rentrant dans le régime stipulé par le contrat

---

(1) *Suprà*, n° 174.

(2) Riom, 11 janvier 1837 (Devill., 37, 2, 421). Nîmes, 29 décembre 1841 (Dalloz, 42 2, 219).

de mariage. On se prévalait de ces actes pour soutenir que la dame Manen avait ratifié ce contrat de la manière la plus positive. Mais la Cour de Nimes, par l'arrêt précité du 29 décembre 1841 (1), jugea très-bien que, dans les circonstances de la cause, il n'y avait pas eu de contrat de mariage, celui qui avait été passé étant pour la future *res inter alios acta ;* qu'elle n'aurait pu le ratifier qu'avant le mariage ; que tous les actes d'exécution signalés étaient sans valeur, puisque la dame Manen n'avait pu, par des actes de volonté indirecte, valider un acte auquel la volonté la plus formelle, exprimée pendant le mariage, n'aurait pu donner force légale. On voit que le système des adversaires de la dame Manen consistait à vouloir qu'elle eût fait pendant le mariage un contrat qui, pour elle, n'avait eu aucune valeur avant le mariage.

181. Remarquons-le toutefois : la nullité résultant de ce que le contrat de mariage a été fait après le mariage, cesse d'être une nullité d'ordre public à la dissolution du mariage, en ce sens que les intéressés peuvent y renoncer, notamment par transaction (2). Quelle est la raison de cette modification à la proposition que nous émettions tout à l'heure? c'est qu'à la dissolution du mariage, tous

---

(1) Dalloz, 42, 2, 219.

(2) Cass. req. 31 novembre 1833 (Dalloz, 33, 1, 158 et 159). Caen, 9 mai 1844 (Devill., 45, 2, 77).

les motifs qui rendaient les époux inhabiles ont cessé ; il n'y a plus de défaut de liberté à craindre, plus de spéculation mercenaire à éliminer, plus d'atteinte au crédit à prévenir. L'époux survivant est rentré dans sa liberté. Il peut prendre le parti que lui conseille son intérêt, et préférer la seconde combinaison à la combinaison légale. Les héritiers du prédécédé peuvent aussi user du même droit. Ils ont la même liberté, la même aptitude à transiger.

182. Du reste, l'action en nullité se prescrit par dix ans [art. 1304] (1), à partir de la dissolution du mariage.

183. En voilà assez sur l'époque de la célébration du contrat de mariage ; nous compléterons ce sujet dans le commentaire de l'art. 1395, qui défend les changements au contrat de mariage pendant le mariage.

184. Arrivons à la forme du contrat de mariage. La forme authentique est de son essence. Point de contrat de mariage sous seing privé ; il faut que l'acte soit rédigé par-devant notaire, et qu'il en soit conservé minute afin que la fraude, la malveillance

---

(1) L'arrêt précité de Cassation touche cette question, mais ne la résout pas clairement.

Infrà, n° 200.

ou la mauvaise foi, ne le fassent pas disparaître (1). Autrefois, malgré la règle posée par Pothier, que les actes de mariage devaient être faits devant notaire (2), il y avait beaucoup de provinces où les contrats de mariage sous seing privé étaient admis (3). Le Code civil a rejeté cet usage dangereux. Le contrat de mariage a besoin de tant de stabilité et d'autorité (4), qu'il ne saurait dépendre que d'un acte faisant par lui-même pleine foi de sa date et de la volonté des parties. Il ne faut pas que l'on puisse antidater le contrat de mariage, sans quoi l'art. 1394 manquerait de sanction; il ne faut pas que ce contrat soit mis en question par des vérifications d'écriture trop souvent conjecturales. Pacte de famille, œuvre des parents et des amis, le contrat de mariage répugne à la forme secrète de l'acte sous seing privé.

Du reste, il n'exige pas la présence du second notaire ou des témoins, lors même que des dona-

---

(1) Art. 1397.
M. Toullier, t. 12, n° 71.
M. Odier, t. 2, nos 642 et 643.

(2) Sur Orléans, t. 10, n° 33.

(3) En Normandie.
Basnage, sur l'art. 410 de la Coutume.
Brillon, v° *Contrat*, n° 14.
M. Merlin, Répert., v° *Conventions matrimoniales*, § 1, p. 180, col. 2.

(4) *Suprà*, n° 169, les paroles de Brodeau.

tions y sont renfermées (1); car ce n'est pas en vue des libéralités faites par contrat de mariage, que l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843 requiert le notaire en second et les témoins : il n'impose ce surcroît de formalités que pour les donations ordinaires, où l'on peut craindre la suggestion, la surprise, la clandestinité. Or, aucun de ces dangers n'est à redouter dans les contrats de mariage, puisque les familles y coopèrent, et que le mariage même en est la condition (2).

185. Il arrive souvent que les accords matrimoniaux sont couchés par écrit de la main des intéressés : tant qu'ils ne sont pas convertis en acte public, ils restent à l'état de simple projet, et la célébration du mariage les rend sans objet.

Mais si après avoir été, au début, l'œuvre privée des parties, ils sont authentiqués par le notaire, ils revêtent alors la forme solennelle, et ils font la loi du mariage.

Reste à savoir comment ils pourront passer ainsi de l'état privé à l'état public. Faut-il que ces accords préliminaires aillent disparaître et se perdre en

---

(1) L. du 21 juin 1843.
Contrà M. Toullier, t. 12, n° 71; mais il a écrit avant la loi de 1843.

(2) Opinion de MM. Hébert et Dufaure dans la discussion de la loi du 21 juin 1843.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 130.

quelque sorte dans le contrat du notaire? ou bien, l'acte notarié pourra-t-il, en en constatant le dépôt, se référer à leurs énonciations?

La question s'est présentée devant la Cour de Rouen : il ne faut pas s'en étonner. Autrefois, les contrats de mariage sous seing privé étaient usités en Normandie ; l'ancienne pratique, sans s'abdiquer tout à fait, a cherché à se concilier avec les dispositions nouvelles du Code civil. Il est si difficile de changer les habitudes privées des populations, surtout des populations normandes, si constantes dans leurs usages, si respectueuses envers les coutumes héréditaires!!!

Or, la Cour de Rouen, comprenant qu'un formalisme trop rigoureux anéantirait des pactes dignes de considération, a voulu, dans sa sagesse, faire la part de l'ancien usage en le pliant à l'empire du Code et à ses exigences précises. Le Code n'est pas une loi tyrannique qui dise dans son étroit formalisme: *Qui virgulà cadit, totà causà cadit.* Il est équitable, raisonnable, ennemi de la superstition.

La Cour d'appel de Rouen a donc considéré comme contrat de mariage notarié, l'acte dotal sous seing privé, déposé par les époux chez un notaire avant le mariage, suivant un procès-verbal à la minute duquel l'acte sous seing privé reste annexé (1). Dans l'espèce, les parties, en comparaissant devant le notaire, avaient déclaré persister dans

---

(1) Rouen, 11 janvier 1826 (Dalloz, 26, 2, 104 et 105).

les conventions énoncées dans l'acte sous seing privé, les ratifier et même les réitérer en cas de besoin ; elles avaient même pris la précaution de relater dans le procès-verbal une clause de mariage sans communauté, mentionnée dans l'acte sous seing privé.

Sans doute, une donation ne serait pas valable si elle était faite en cette forme (1). La forme authentique est tellement de l'essence de la donation, que le dépôt d'un acte sous seing privé ne suppléerait pas à l'acte notarié ; mais les formalités des donations sont beaucoup plus rigoureuses. Dans le contrat de mariage, qui est si favorable, on peut se montrer moins sévère; et quand l'acte réunit toutes les conditions de certitude, de fixité, d'authenticité, il serait contraire à l'intérêt public et à l'intérêt des familles de subtiliser sur des formes minutieuses.

Dans l'espèce jugée à Rouen, les conjoints s'étaient fait des avantages ; mais il est à remarquer que la mention détaillée de ces avantages avait été réitérée dans le procès-verbal notarié de dépôt ; en sorte que ce procès-verbal était aussi un acte de donation en forme, se suffisant à lui-même et pouvant se passer de l'acte sous seing privé. Le procès-verbal excluait aussi, par sa propre force et ses propres énonciations, le régime de la communauté. C'étaient là deux points capitaux sur lesquels toutes les difficul-

---

(1) Pothier, *Introd. à la cout. d'Orléans*, t. 15. Grenier, *Donat.*, n° 159.

tés devaient disparaître. Mais il était muet sur la constitution de la dot, sur l'évaluation du mobilier, sur la déclaration que le mari avait reçu les apports. Sous ces divers aspects, le procès-verbal de dépôt empruntait toute sa force à l'acte sous seing privé, qui, seul, s'en expliquait. L'arrêt de Rouen a pensé avec raison, suivant nous, que, dans l'état, l'union de l'acte sous seing privé et du procès-verbal notarié formait l'équivalent d'un contrat de mariage notarié. Le vœu de la loi est en effet suffisamment rempli ; s'il ne faut pas éluder la loi par des faux-fuyants, il ne faut pas non plus l'exagérer par des pratiques étroites.

186. Quand le contrat de mariage manque de la forme authentique, il est affecté d'une nullité radicale. Toutes les conventions des parties s'écroulent, il ne reste que les dispositions de la loi.

Ainsi donc le contrat de mariage sous seing privé n'a aucun effet; les parties sont censées s'être mariées sous le régime légal. Vainement essayeraient-elles de le relever par un acte notarié fait pendant le mariage ; ce serait un inutile effort. Rien de ce qui se fait pendant le mariage n'a de vertu pour remplacer ce qui aurait dû être fait avant (1).

187. Mais le contrat sera-t-il nul également à l'é-

---

(1) Arrêt du parlement de Paris du 27 juin 1714. Brillon, v° *Contrat*, n° 14, p. 385.

gard des tiers qui, dans ce contrat irrégulier, ont contracté des obligations envers les époux en vue de leur établissement, par exemple, à l'égard du parent qui a constitué une dot à la future épouse?

La question s'est présentée devant la Cour de Pau ; elle a été décidée dans le sens de la nullité.

Des parents avaient constitué à leur fille une dot de 2,000 francs ; les conventions matrimoniales avaient été réglées par acte sous seing privé. A la mort des père et mère, 650 francs étaient encore dus; l'épouse les réclama auprès de ses cohéritiers. Ceux-ci refusèrent en se fondant sur l'art. 1394. L'épouse répondait : Quand même la constitution de dot serait nulle, l'obligation vaut toujours comme acte sous seing privé; d'ailleurs la nullité en a été couverte depuis le mariage ; la plus grande partie de la somme promise a été payée.

Mais l'arrêt de la Cour, à la date du 18 juin 1836, a repoussé cette défense (1).

L'art. 1394 a été édicté dans l'intérêt de la fixité et de l'immutabilité des contrats de mariage; c'est une garantie donnée à la fortune des époux, aux droits des enfants et des tiers. Le législateur a voulu abolir l'usage abusif des contrats sous seing privé; il n'est pas possible d'en tolérer la violation. L'acte sous seing privé promet une dot. Or, une constitution de dot ne peut procéder que d'un acte public. Veut-on la con-

---

(1) Devill., 36, 2, 546.

sidérer comme une libéralité, et elle a ce caractère à l'égard de la femme (1) : toute libéralité, toute donation, doit être passée dans la forme solennelle et authentique ; il n'en serait autrement qu'autant que ce seraient des aliments qui seraient assurés à la fille. Mais tel n'était pas le but du contrat ; il ne faut pas en changer le caractère ; il faut lui laisser l'unique fin de constituer une dot, de faire une donation, de procurer à la femme un avantage qui favorise son établissement.

A la vérité, on peut dire qu'à l'égard du mari la constitution de la dot est un acte non lucratif (2), et que sous ce rapport, le contrat échappe à la nécessité des formes requises pour les donations ; mais s'il y échappe comme donation, il reste attaché comme convention matrimoniale à la rigueur de la forme authentique. L'art. 1394 le domine à défaut d'autre disposition. Tels ont été les arguments de la Cour de Pau.

Il ne nous paraît pas possible d'échapper à ces raisonnements puissants. Après tout, pourquoi plaindrait-on les parties imprudentes, ou trop coupables d'ignorance, qui ne se sont pas soumises aux prescriptions de la loi ? était-il si difficile de faire un contrat authentique ? pourquoi n'ont-elles pas suivi cette voie simple? Qu'elles s'en prennent à elles-mêmes d'un résultat que leur peu de souci de la loi a amené.

---

(1) *Suprà*, n° 131.
(2) *Suprà*, n° 131.

188. Si le mariage est célébré en pays étranger, sous une législation qui autorise les pactions matrimoniales par acte sous seing privé, l'acte est valable; *locus regit actum* (1), surtout si au retour des époux en France, il est déposé entre les mains d'un officier public. On peut répéter ici ce que nous disions au numéro 180 : la forme est réglée par le statut arbitraire de chaque contrée. Ce n'est pas la faute des sujets si cette forme est moins parfaite dans tel pays que dans tel autre. Ils ne faillissent pas quand ils obéissent à la loi, et on ne doit pas leur reprocher de n'avoir pas été plus sages qu'elle.

189. Lorsque les époux sont commerçants, des précautions particulières ont été imposées dans l'intérêt du crédit (2). On lit dans l'article 67 du Code de commerce : « Tout contrat de mariage entre » époux, dont l'un sera commerçant, sera transcrit » par extrait, dans le mois de sa date, aux greffes et » chambres désignées par l'article 872 du Code de » procédure civile, pour être exposé conformément » au même article. — Cet extrait annoncera si les » époux sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'ils ont contracté sous le régime » dotal. »

---

(1) Paris, 22 novembre 1828 (D., 29, 2, 60).
Paris, 11 mai 1816.
Merlin, Quest. de droit, t. 2, p. 417.

(2) MM. Odier, t. 2, n° 646.
Rodière et Pont, t. 1, n° 149.

L'article 68 ajoute :

« Le notaire qui aura reçu le contrat de mariage, » sera tenu de faire la remise ordonnée par l'article » précédent, sous peine de 100 fr. d'amende, et » même de destitution et de responsabilité envers » les créanciers, s'il est prouvé que l'omission soit » la suite d'une colusion. »

L'idée de ces dispositions a été empruntée à l'ordonnance du commerce de 1673 (1). Dans le système de l'ordonnance, c'étaient les époux qui devaient faire opérer la publication de leur contrat de mariage; faute par eux d'obéir à cette prescription, leurs conventions matrimoniales étaient nulles; ils étaient censés soumis au régime de la communauté.

Le Code de commerce, en s'emparant du principe posé dans l'ordonnance de 1673, l'a autrement organisé. C'est le notaire qui est chargé de la publication. C'est lui qui est passible d'une peine pécuniaire pour omission ; il peut même être déclaré personnellement responsable s'il est coupable de collusion (2). Mais le contrat de mariage ne reste pas moins ce que la convention l'a fait.

190. Il est remarquable, du reste, que l'extrait publié n'a pas à mentionner le chiffre des apports et les libéralités des époux. Les tiers qui ont intérêt à s'éclairer à cet égard, peuvent, avant de contracter,

---

(1) Titre 8, art. 1.

(2) Colmar, 4 mai 1829 (Dalloz, 30, 2).

exiger la représentation du contrat de mariage. On a pensé qu'il était inutile de donner une publicité absolue à des pactes qui, s'ils ne doivent pas être cachés, n'ont pas besoin non plus d'être hautement affichés.

Mais ce qui est de la plus haute importance à révéler, et ce que la publication exigée par le Code de commerce a pour but d'environner de la plus grande notoriété, c'est le régime sous lequel les époux sont mariés. Le régime matrimonial se lie intimement à la capacité des époux ; il réagit sur elle : il faut donc que les tiers sachent à quoi s'en tenir sur l'aptitude à contracter des conjoints avec lesquels ils traitent. Il y a des affaires qu'on fait avec des époux mariés en communauté, et qu'on n'oserait pas entreprendre avec des époux mariés sous le régime dotal. Dans le commerce, où les transactions sont rapides, on a besoin de se connaître d'avance pour savoir jusqu'où la confiance peut aller.

191. L'article 67 du Code de commerce, en ordonnant de mentionner, dans l'extrait, le régime matrimonial des époux, ne parle que de l'un des trois régimes suivants : communauté, dotalité, séparation de biens. Mais il doit être bien compris qu'en se rattachant à ces trois grandes divisions, il sous-entend que l'extrait expliquera en quoi le régime adopté s'écarte du régime légal, si la modification est de nature à intéresser les tiers. Ainsi, si la communauté est réduite aux acquêts, il ne faudra pas

dire que les époux sont mariés sous le régime de la communauté pure ; ce serait tromper les tiers (1).

192. Ce que nous venons de dire ne concerne que les époux qui étaient commerçants, ou dont l'un était commerçant à l'époque du mariage. Dans le cas où ce n'est qu'après le mariage que les époux, ou l'un d'eux, se livrent au commerce, il est nécessaire que ce changement d'état, qui intéresse le crédit, ait pour conséquence la manifestation du régime matrimonial qui donne la mesure de la capacité des époux. Si donc les époux sont séparés de biens, ou mariés sous le régime dotal, il faut que cette situation soit connue des tiers, parce qu'elle est de nature à influer sur leur confiance. En conséquence, l'époux qui se livre au commerce est tenu, dans le mois, du jour où il a ouvert ce même commerce, de faire la remise imposée par l'article 68 du Code de commerce. L'article 69 lui en fait une loi tellement rigoureuse, que s'il venait à tomber en faillite sans avoir obéi à cette exigence, il pourrait être traité comme banqueroutier simple. C'est que dans le commerce il ne doit rien y avoir de clandestin ; il y faut agir au grand jour, avec sincérité, et en se montrant dans sa vraie situation de fortune et d'affaires.

193. Remarquez que pareille publication devient inutile alors que les époux sont mariés en commu-

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 150.

nauté. La communauté est le régime de la confiance, et il n'y a pas à donner l'éveil aux tiers pour se tenir en garde. Ce n'est qu'autant que le régime matrimonial enlève quelque chose au crédit et à la capacité de l'époux commerçant, qu'il est utile d'éclairer le public. Voilà pourquoi l'art. 69 du Code de commerce n'impose une règle de publicité, que lorsque les époux sont mariés sous le régime dotal, ou sous un régime qui s'éloigne de la communauté légale.

194. Telles sont les dispositions spéciales de la loi sur la forme des contrats de mariage. Quant aux autres points, ils se règlent par le droit commun.

Ainsi, par exemple, il est permis aux futurs de faire faire par procureur leurs arrangements matrimoniaux. Il y a même quelques contrées où il est d'usage que la future ne se rende pas auprès du notaire pour le règlement des conventions nuptiales. On suppose qu'un sentiment de pudeur la retient chez elle (1); elle est représentée par ses père et mère, chargés de sa procuration.

Nous ferons remarquer à ce sujet que des difficultés graves se sont élevées sur l'existence du mandat des père et mère. Le plus souvent la jeune fille ne donne pas de mandat exprès, et ses parents se portent fort pour elle, promettant de rapporter sa ratification. Si cette ratification est représentée avant

---

(1) Jugement du tribunal du Vigan du 28 décembre 1841 (Dalloz, 42, 2, 220, col. 2).

le mariage, rien de plus légal. Mais si elle n'a lieu qu'après le mariage, ou bien si elle ne résulte que d'actes implicites émanés de la femme pendant son union, alors on peut soutenir, et l'on a soutenu avec succès (1), qu'il n'y a pas de contrat de mariage à l'égard de la future, puisqu'elle n'y a pas été partie, et qu'elle n'a pas ratifié en temps utile, n'ayant ratifié qu'après le mariage. Ceci doit servir de leçon dans les localités encore asservies à l'usage dont je parle. Il est bon de respecter la pudeur, même avec exagération ; mais il faut aussi respecter les lois écrites avec une entière soumission.

195. Une fois revêtu des solennités qui sont de son essence, le contrat de mariage devient la loi immuable des parties, la base du crédit des époux, la règle de leur situation à l'égard des tiers. Rien n'y pourrait être changé sans ébranler la foi publique, et porter le trouble dans les familles. Quand les choses sont entières, la plus grande latitude est donnée aux parties pour concerter avec liberté leurs arrangements ; car, comme nous l'avons vu ci-dessus, le contrat de mariage est susceptible de toute espèce de clauses (2). Mais, une fois fortifié par le mariage, il n'est plus susceptible de réformation, et les conjoints n'y peuvent déroger par quelque paction

---

(1) Nîmes, 29 juillet 1842 (Dalloz, 42, 2, 220).
Suprà, n° 180.

(2) *Suprà*, n°s 47 et 48.

que ce soit (1). C'est ce que l'article suivant nous apprendra avec plus de détail.

On voit par là de quelle autorité jouit le contrat de mariage : il n'y en a pas de plus solide et de plus respectable ; il n'y en a pas qui serve de preuve plus authentique, plus ferme et plus complète. Ses énonciations sont réputées être la vérité même, non-seulement parce qu'il est revêtu du sceau de l'authenticité, mais encore parce qu'on ne suppose pas qu'un acte qui est un pacte de famille si solennel, recèle aucune dissimulation et serve d'auxiliaire à des subterfuges (2). Aussi Voët a-t-il dit avec grande raison : *Omnia servanda sunt pacta dotalia quæ neque rationi naturali et honestati, neque bonis moribus contraria sunt* (3). La loi lui donne sa protection et son appui le plus éclatant.

196. Cependant, sur cette proposition, que le contrat de mariage fait preuve de ses énonciations, il y a une distinction à faire.

Supposons que le contrat de mariage dise, que la future s'est constitué 20,000 francs à elle appartenant : ses cohéritiers pourront prouver que ces 20,000 francs n'étaient pas sa propriété et qu'elle

---

(1) Mornac, sur la loi 26, § 2, D., *De pactis dotalib.*
Filleau, 4e part., quest. 63.
Brillon, v° *Contrat*, n° 14.
Suprà, n° 170.

(2) V. l'art. 1396, sur la contre-lettre.

(3) Ad. Pand., *De pactis dotalib.*, n° 19.

les tenait de la libéralité de son père. Ce sont là des énonciations qui ne lient pas les tiers ; sans quoi il serait trop facile de faire des avantages indirects (1).

Ainsi, c'est au profit des tiers contre les conjoints qu'est établie la règle tutélaire, que les énonciations de leur contrat de mariage font foi contre eux ; mais on ne saurait opposer aux tiers des énonciations qui les blesseraient : ce serait pour eux *res inter alios acta*. Un droit ne peut être atteint ni lésé par les actes auxquels on n'a pas été représenté.

197. Quant aux époux, il est de leur bonne foi de ne jamais s'écarter, dans leurs rapports avec les tiers, de la position qu'ils se sont faite par leur contrat de mariage, de ne jamais dissimuler leur qualité, de traiter toujours dans la mesure de capacité que leur pacte matrimonial leur a faite. Une erreur volontaire dans la qualité de l'époux qui contracte, a souvent de très-sérieux inconvénients à l'égard des tiers. La morale défend aux époux de recourir à de si indignes subterfuges, et le droit s'inquiète du sort des tiers qui ont été ainsi abusés.

198. Mais, d'un autre côté, la prudence conseille à ces derniers de ne jamais traiter avec des époux

(1) Cassat., 5 janvier 1831 (Dalloz, 31, 1, 8).
31 juillet 1833 (Dalloz, 33, 1, 840).
Toulouse, 13 mars 1834 (Dalloz, 34, 2, 557).

sans se faire représenter leur contrat de mariage. Il est vrai que, comme il se fait beaucoup de mariages sans contrat, il y a des occasions fréquentes où les tiers sont obligés de suivre la foi des époux et de se confier à leurs déclarations. Mais, quand il y a contrat, les tiers seraient imprudents s'ils contractaient avec les époux sans s'éclairer par la lecture du pacte matrimonial sur leur véritable situation.

De là, la question suivante :

Si les époux prenaient, dans les actes de leur administration, une qualité contraire à celle que leur donne leur mariage ou leur contrat de mariage ; si, par exemple, ils se disaient communs en biens alors qu'ils seraient mariés sous le régime dotal, et que, par là, ils eussent surpris la bonne foi des tiers, faudrait-il venir au secours de ces derniers ainsi abusés, ou bien la femme serait-elle fondée à prétendre que c'est là un fait que les tiers auraient pu vérifier, et dont elle ne saurait être victime ?

Une distinction est ici nécessaire.

S'il s'agit de simples actes d'administration, je pense avec un arrêt de la cour de Bourges du 17 novembre 1829 (1), que ces actes doivent tenir à cause de la bonne foi des tiers. Ces derniers ne pouvaient exiger des justifications de qualité longues, déplacées ou indiscrètes. Un locataire qui se présente pour louer une maison, un acheteur qui vient acheter les fruits d'un immeuble, ne sont pas répréhensibles s'ils ont traité avec les époux, ou

---

(1) Dalloz, 30, 2, 81.

avec l'un d'eux, dans la qualité qu'ils se sont donnée. On ne peut leur reprocher de ne s'être pas fait représenter le contrat de mariage pour savoir si la femme n'était pas séparée de biens, et si elle ne s'était pas exclusivement réservé l'administration de ses propres; si son mari, qui a traité comme commun, n'a pas pris une qualité qui ne lui appartenait pas.

Mais, quand il s'agit d'actes de disposition portant atteinte aux droits inaliénables et imprescriptibles de la femme, il en est autrement. La femme, par son imprudence, sa légèreté, son dol même, ne peut porter atteinte à ses droits dotaux. Les tiers pouvaient s'éclairer; il ne tenait qu'à eux de se faire représenter le contrat de mariage; ils devaient prendre cette précaution, puisque la gravité de l'affaire et l'importance de la disposition commandaient la plus grande maturité. Qu'ils s'en prennent donc à eux-mêmes d'un résultat dû à leur légèreté. Du reste, si le mari avait participé à la fraude, il serait passible de dommages et intérêts; les articles 1382 et 1560 du Code civil ne permettent pas d'élever de doute sur cette vérité. Quant à la femme, rien ne saurait l'empêcher de rentrer dans la qualité qui protége ses droits; une raison d'intérêt public oblige à fermer les yeux sur sa dissimulation : *reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse.* C'est un cas où le législateur est obligé de tolérer un peu de mal pour un plus grand bien.

En définitive, les tiers doivent y bien réfléchir : nous pourrions citer beaucoup d'entre eux qui ont été victimes de leur défaut de vigilance, soit dans

des questions de remploi, soit dans des questions de revendication d'immeubles dotaux. Ces exemples viendront par la suite; ils serviront de leçon à ceux qui traitent avec les époux et prouveront qu'en cette matière, on ne saurait être trop attentif; car c'est le cas de dire avec le président Favre : *Curiosus esse debet* (1).

199. Il ne nous reste plus que bien peu de chose à dire pour terminer le commentaire de l'art. 1394. Et d'abord, à la charge de qui sont les frais du contrat de mariage, c'est-à-dire les honoraires du notaire, le coût de l'acte, les frais de quittance et enregistrement des constitutions dotales? D'après l'article 1248, ils sont à la charge du débiteur, c'est-à-dire de celui qui constitue la dot; quand le mari les avance, il est en droit de les répéter.

Ainsi, si ce sont les père et mère qui constituent la dot, les frais doivent être supportés par eux (2).

Si c'est la femme, et que le mari ait fait l'avance des frais, il a droit, en cas de séparation de biens, à se faire rembourser par son épouse.

200. Un mot maintenant sur l'époque à laquelle les époux peuvent demander la nullité du contrat.

A ce sujet, il y a une observation radicale : la

---

(1) *Infrà*, n° 3119.

(2) Cass., req., 1er juillet 1829 (Dalloz, 29, 1, 284 et 285).

nullité du contrat de mariage passé hors des conditions de l'art. 1394, est d'ordre public, et des principes d'un ordre supérieur ne permettent pas que cette nullité soit couverte par des actes faits pendant le mariage (1). Il suit de là que la prescription ne court pas pendant le mariage ; car la prescription suppose un consentement tacite ; or, que pourrait un consentement tacite alors qu'un consentement exprès serait de nulle valeur ?

On ne reprochera donc pas au mari de n'avoir pas demandé, *constante matrimonio*, la nullité du contrat de mariage postérieur au mariage, ou fait sous seing privé. Il peut la demander après le mariage ; c'est à partir de ce moment que court la prescription (2).

A plus forte raison en est-il de même à l'égard de la femme ; car elle est toujours recevable, même après que le mariage a duré le temps le plus long (3). La raison en est que l'action réfléchit sur le mari, contre qui elle est directement intentée (4), et qu'on ne peut obliger une femme à s'écarter de la soumission et du respect qu'elle est naturellement portée à avoir pour son mari (5.)

---

(1) *Suprà*, nos 180 et 186.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 138.

(2) *Suprà*, n° 182

(3) Lebrun, p. 52, nos 25 et 26.
Infrà, nos 286 et 287.

(4) Art. 2256 C. civ.
Lebrun, *loc. cit.*, n° 26.

(5) Nîmes, 29 décembre 1841 (Dalloz, 42, 2, 219).
V. *Infrà*, nos 286 et 287.

ARTICLE 1395.

Elles ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage (1).

SOMMAIRE.

---

(1) V. art. 1451.
Infrà, nos 1469 et 1470.

207. Suite.

208. Suite.

209. Cela ne veut pas dire que les époux ne pourront pas contracter une société particulière sur tel objet déterminé, de telle sorte que l'ensemble du pacte matrimonial n'en soit pas atteint.

210. Réfutation de l'opinion de M. Duranton, qui croit que les époux séparés de biens peuvent établir entre eux une société d'acquêts.

211. Les époux ne peuvent, pendant le mariage, consentir à une séparation volontaire.

212. Ils ne peuvent, de même, faire leur partage de communauté, *constante matrimonio*. Ils ne pourraient faire qu'un partage provisionnel, sujet à ratification par les deux parties ou leurs représentants, lors de la dissolution de la communauté.

Réfutation d'un arrêt d'Amiens rendu en sens contraire.

213. Du principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales résulte que les époux ne peuvent, constant le mariage, changer la qualité des biens. Ainsi, l'immeuble acheté avec les deniers dotaux n'est pas dotal, même quand les parties le voudraient, s'il n'y a clause d'emploi.

214. Suite.

215. La loi ne saurait modifier les pactes matrimoniaux.

Exemple.

216. La sentence du juge ne saurait non plus modifier le statut matrimonial.

Exemples qui confirment cette règle.

Le juge peut-il prescrire à l'épouse séparée, des mesures de conservation non autorisées par le contrat de mariage, et pouvant être opposées aux tiers ?

217. De tout cela il ne faut pas conclure que les conjoints ne peuvent pas faire entre eux des contrats, lorsque ces contrats ne portent pas atteinte au pacte matrimonial.

218. Il ne faut pas non plus empêcher les pactes qui, dans des choses minimes, substituent un point à un autre prévu par le contrat de mariage.
Exemple.
219. Les parties peuvent aussi discéder d'un pacte matrimonial qui contrarierait la liberté des personnes, ou qui serait subordonné, dans sa durée, à leur libre arbitre.
220. Exemple tiré de la convention de vie commune du gendre avec le beau-père.
221. Les conventions faites avec des tiers, bien qu'insérées dans un contrat de mariage, ne sont pas immuables lorsqu'elles ne font pas corps avec le statut matrimonial.
222. Mais si elles font corps avec le statut matrimonial, on ne peut les changer constant le mariage.
223. Les tiers qui ont intérêt peuvent se plaindre des changements faits par les époux au pacte matrimonial pendant le mariage.
224. C'est aux époux qu'il est défendu de déroger au pacte matrimonial ; mais le tiers qui fait une libéralité à l'un des époux pendant le mariage, est maître d'apposer à sa donation ou à sa libéralité des conditions qui ne seraient pas en rapport avec le contrat de mariage; car ce contrat est pour lui *res inter alios acta*.
225. Toutefois, quand il s'agit de la réserve légale, il ne lui est permis de rien faire qui porte atteinte au pacte matrimonial.
226. Suite.

COMMENTAIRE.

201. L'immutabilité du contrat de mariage est une règle déjà connue (1). Elle dérive du principe,

---

(1) *Suprà*, nos 170 et 194.

que l'état de mariage est un obstacle aux pactions matrimoniales, et qu'il faut être hors du mariage pour en régler prudemment et librement le régime économique. Les anciens recueils de jurisprudence sont remplis d'arrêts qui, en consacrant la fixité du contrat de mariage, font remonter ce point de droit à la plus haute antiquité (1). A la vérité, il n'en était pas ainsi dans les pays de droit écrit. On permettait d'augmenter la dot pendant le mariage (2). Mais la jurisprudence coutumière frappait les époux d'incapacité pour modifier, en quoi que ce fût, la charte du foyer domestique. Le droit coutumier, influencé à cet égard par les sages idées du christianisme, redressé par la délicatesse de sa morale, perfectionné par le soin qu'a pris cette religion sublime de purifier les rapports des époux, était dans le vrai plus que le droit romain (3). Il est surprenant

---

(1) Louet, lettre M, somm. 4.
Leprêtre, cent. 1, chap. 98.
Levest, arrêt 190.
Filleau, 4e part., quest. 63.
Mornac, l. 26, § 2, D., *De pactis dotalib.*
Brillon, v° *Contrat*, n° 14.

(2) Instit., *De donat.*, § 3.
L. 19, C., *De donat. ante nupt.*
Novelle 97, chap. 2.
L. 1 et 12, § 1, D., *De pactis dotalib.*
M. Tessier, t. 1, p. 44, notes 61, 62 et 63.

(3) Louet a fait cette observation, lettre M, somm. 4. Il rattache notre point de droit à ce qu'il appelle *Christianorum legibus*.

qu'un esprit aussi distingué que M. Toullier ne l'ait pas compris (1).

M. Toullier a recherché historiquement les raisons sur lesquelles repose l'immutabilité du contrat de mariage. Il en est un grand nombre, et il n'a pas choisi les plus profondes. Quand une vérité judiciaire s'est élevée à l'état d'axiome, elle trouve sa preuve dans une foule d'aperçus divers, dont l'esprit est tour à tour frappé, suivant l'ordre d'idées qui le préoccupe; mais tous ces aperçus ne sont pas également décisifs. Il faut savoir s'attacher à ce qui est fondamental.

M. Toullier se demande d'abord si c'est l'intérêt des familles qui justifie l'immutabilité du contrat de mariage. Il écarte ce motif comme suranné.

A la vérité, dans les temps anciens, alors que l'esprit de conservation était dans toute sa force, les parents devaient nécessairement être parties dans les fiançailles et accords matrimoniaux, afin d'y défendre leurs intérêts. De là, cette idée si souvent reproduite dans notre vieille jurisprudence : que les contrats de mariage sont des pactes de famille. A ce point de vue, on conçoit à merveille que le contrat de mariage ne pouvait être changé par la volonté des époux, et que le consentement des parents habiles à succéder, fût absolument nécessaire pour modifier cette espèce de loi privée ; c'était en effet ce que disait positivement la coutume de Bourgogne (2).

---

(1) T. 12, n° 25.
(2) T. 4, art. 7.

Mais plus tard ces idées se modifièrent; on finit par ne plus voir dans les contrats de mariage que des conventions passées entre les seules parties contractantes (1); et dès lors, il semble que les époux ont dû avoir le droit de modifier un contrat émané de leur unique volonté.

Infailliblement, il en aurait été ainsi, si une autre raison n'avait soutenu le principe de l'immutabilité du contrat de mariage : c'est que, par le droit coutumier, il était défendu aux époux de se faire aucun avantage direct ou indirect pendant le mariage. Et, comme les changements au contrat de mariage dégénèrent en avantages pour l'un ou l'autre des époux, on fut forcé de maintenir la prohibition.

Mais aujourd'hui que l'article 1094 permet aux époux de s'avantager pendant le mariage, on ne conçoit pas pourquoi le législateur aurait maintenu la nullité des contrats postérieurs à la célébration du mariage. Aussi les articles 1394 et 1395 se gardent-ils bien de prononcer une nullité absolue : tout ce qui résulte de ces articles, c'est que les contrats postérieurs au contrat de mariage n'ont ni la force ni les effets que le Code donne à ce dernier. Et, en effet, ils sont toujours révocables (art. 1096). Mais s'ils ne sont pas révoqués, ils sont valables, et la volonté persévérante des époux les soutient. Ainsi raisonne M. Toulier.

202. Je pourrais me dispenser de réfuter cette

(1) Pothier, *Donations entre mari et femme*, n° 28.

opinion de M. Toullier ; elle n'a pas fait fortune ; elle est restée dans l'isolement. Mais j'y trouve une occasion de faire ressortir le véritable esprit de l'article 1395, et je la saisis.

Il est vrai que sous l'ancienne jurisprudence, la prohibition des avantages entre époux entrait pour quelque chose dans la prohibition des pactes postérieurs au mariage ; mais cette raison n'était pas la seule. Il y en avait d'autres plus radicales et moins passagères, qui subsistent toujours dans toute leur puissance : c'est que les époux n'ont pas le degré de liberté nécessaire pour stipuler, sans préoccupation et sans partialité, ce qui est le plus convenable à leur avenir (1) ; c'est que l'honnêteté publique et le repos des familles veulent que la plus grande réserve soit imposée aux époux sur des matières si délicates. « S'il était permis d'altérer les clauses des conventions » matrimoniales [c'est Bouhier qui parle (2)], celui » des conjoints qui aurait le plus de pouvoir sur » l'esprit de l'autre, n'oublierait rien pour faire » changer à son avantage ces conventions ; et, en cas » de refus, cela ne manquerait pas de causer entre » eux, des querelles qui troubleraient l'union et la » concorde que l'intérêt public veut qu'on entre- » tienne entre mari et femme. »

Quand même il serait vrai que le contrat de ma-

---

(1) *Suprà*, nos 17 et 171.

(2) Sur Bourgogne, chap. 21, n° 157.

riage n'est que l'œuvre de deux conjoints, et non pas l'œuvre de deux familles (ce que je conteste avec l'article 1396 du Code civil), ne faut-il pas cependant mettre les intérêts de ces deux familles à l'abri des séductions qui peuvent les compromettre? N'y a-t-il pas dans le mariage une foule de causes qui, à l'insu même des époux, troublent le cours naturel des affections? La femme a-t-elle l'âme assez ferme pour y conserver son indépendance? le mari n'abusera-t-il pas de son empire? N'y aura-t-il pas des influences journalières qui attireront du mari à la femme, ou de la femme au mari, des biens dont l'origine remonte à la famille, et dont il est quelquefois injuste que la famille soit dépossédée au profit d'une personne étrangère? Je ne suis pas plus partisan qu'un autre, de l'immobilité des biens dans les familles; aucun préjugé aristocratique ne me fait embrasser avec chaleur les anciennes idées de conservation qui faisaient le fond de notre ancien droit coutumier, et qui, en définitive, n'ont rien ou presque rien conservé (1). Cependant, je conçois très-bien, qu'on n'ait pas voulu laisser les époux exposés à des facilités qui peuvent devenir périlleuses pour eux et pour leurs proches. Leur affection trouve un libre champ, pour se satisfaire, dans le droit de tester et de se faire des donations pendant le mariage.

---

(1) Le désir de conserver les biens dans les familles, a servi de fondement à la plus grande partie des dispositions coutumières. (Ferrières, *sur Paris*, art. 282, glos. 1, n° 6.)

A quoi bon, dès lors, permettre de déranger l'économie du régime matrimonial? Que deviendrait le crédit? Quelle perturbation dans les affaires, si on voyait les propres devenir objets de communauté, les objets de communauté devenir propres, les paraphernaux transformés en biens dotaux, et la dot inaliénable transformée en un bien livré au commerce (1)! quelle instabilité dans le contrat qui a le plus besoin de fixité! que de piéges offerts à des caractères inconstants! quel appât pour la vénalité! quelle source de spéculations mercenaires dans cet état du mariage où l'affection doit tenir la première place (2)! Montaigne a dit un mot heureux et plein de vérité : *Dans le mariage, il n'y a que l'entrée de libre* (3). C'est donc quand on est encore sur le seuil qu'il faut prendre ses précautions. Plus tard le temps opportun est passé; car la liberté s'est éclipsée, et comme abdiquée d'elle-même, pour faire place à d'autres biens moraux.

203. Voilà les vraies raisons de notre article. Après les avoir pesées, on n'hésite pas sur la sagesse et aussi sur la portée de sa prohibition : il est clair que c'est la nullité qui en est la conséquence, la nullité telle qu'elle était dans l'ancien droit (4), la

---

(1) Louet, lettre M, somm. 4.
(2) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*
(3) *Essais*, liv. 1, chap. 27, p. 352.
(4) Pothier sur Orléans, art. 202.
Et introduction au tit. X, n° 33.

nullité qui a été dans la pensée des rédacteurs du Code civil.

204. Voyons maintenant, par quelques développements, dans quelles circonstances on peut regarder les pactes intervenus entre époux, comme des changements et des dérogations à leur contrat de mariage.

Ici, quelques principes doivent être rappelés.

Dans le droit romain, les époux n'étaient pas incapables de contracter ensemble. Leurs conventions étaient valables toutes les fois qu'elles ne masquaient pas une libéralité (1). Ils pouvaient faire entre eux des ventes, des échanges, des prêts, des sociétés (2), etc., etc.

Dans le droit coutumier, au contraire, les époux étaient respectivement incapables; ils ne pouvaient contracter ensemble, se céder, se donner, se transporter l'un à l'autre quelque chose que ce fût (3). « Gens mariés, constant leur mariage, disait la » coutume de Nivernais (4), ne peuvent contracter » au profit l'un de l'autre. » — « Le mari, durant le » mariage, ajoutait la coutume de Bourbonnais, ne

(1) Voet, *De donat. inter vir. et uxor.*, n° 8.
Mon commentaire *de la Vente,* t. 1, n° 178, sur l'article 1595.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 9.
(2) L. 32, § 24, D., *De donat. inter vir. et uxor.*
(3) Normandie, art. 410.
(4) Chap. 23, art. 27.

» peut faire aucune association, donation, ou autre » contrat avec sa femme, *nec contrà* (1). » Tel était le droit commun en pays coutumier (2). L'incapacité des époux était la règle dominante. On ne leur permettait que certains actes nécessaires, comme, par exemple, le partage de la chose commune (3), et encore fallait-il qu'on y observât la plus stricte égalité.

205. Cette règle péchait par excès, de même que le droit romain péchait par exagération en sens contraire. Les époux ne forment sans doute qu'une seule et même personne : mais ceci n'est vrai qu'au point de vue moral et dans l'ordre des affections. En réalité, il y a dans le mariage deux personnes et deux intérêts. Pourquoi ne permettrait-on pas à ces deux intérêts de pactiser ensemble toutes les fois que la nécessité s'y trouve, ou qu'une utilité sérieuse en fait éprouver le besoin ? Qu'on tienne compte des abus possibles de l'autorité maritale (4), de la faiblesse de l'épouse, des contraintes qui, en mille façons, gênent la liberté des conjoints, des fraudes possibles à l'égard des tiers, etc., etc., rien de plus juste; mais de là à une prohibition absolue de con-

---

(1) Art. 226.

(2) Dumoulin sur Paris, art. 156, n° 5.
Pothier, *Donations entre mari et femme*, n° 78.

(3) Dumoulin, *loc. cit.*, n° 4.

(4) Mon commentaire *de la Vente*, t. 1, n° 178.
Arg. de la loi 32, § 24, D., *de donat. inter vir. et uxor.*

tracter, il y a une grande distance : c'est pourquoi le Code civil, prenant un milieu raisonnable, et proscrivant les exagérations, a restreint la capacité des époux, mais ne l'a pas entièrement étouffée. On peut voir l'art. 1595 du Code civil.

206. Il y a donc des conventions permises entre époux. Mais lors même que ces conventions n'ont pas le caractère de suggestion ou de contrainte redouté par la loi, il leur faut encore une condition pour qu'elles soient valables : c'est qu'elles ne dérangent rien au régime adopté par les époux dans leur contrat de mariage. Sans quoi, elles n'ont aucune valeur et elles restent frappées de nullité.

Ceci posé, demandons-nous si deux époux mariés sous le régime dotal pur, peuvent, pendant le mariage, stipuler entre eux une société d'acquêts? ou bien, si une telle stipulation ne serait pas une dérogation au contrat de mariage?

Dans les pays de droit écrit, on tenait que l'association était valable et qu'elle devait sortir à effet, au moins comme donation à cause de mort (1). La raison en est simple : les pays de droit écrit ne tenaient pas absolument à l'irréformabilité des contrats de mariage: de plus, ils donnaient aux époux la capacité de contracter entre eux: enfin, ils leur permettaient de se faire des donations, pourvu

(1) M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 9.
Bouhier sur Bourgogne, chap. 21, n° 156.

que ces donations fussent confirmées par la mort du donateur sans repentir.

Aujourd'hui, on ne pourrait plus permettre aux époux de stipuler une société d'acquêts pendant le mariage. Ce serait une dérogation au contrat de mariage, qui a uni les époux sans association. Ce serait introduire dans leurs rapports une combinaison imprévue.

207. Cette décision se confirme de l'autorité d'un arrêt rapporté par Louet (1). M. Leseigneur, maître des comptes, avait épousé mademoiselle de Bailly, avec un contrat de mariage d'après lequel il avait été convenu que si le mari survivait, il ne donnerait aux héritiers de sa femme, que deux mille livres pour tout droit de communauté. Plusieurs années après, la femme voyant que la communauté avait augmenté et le mari reconnaissant qu'elle avait contribué à cette augmentation, les deux époux firent une réunion des parents qui avaient assisté au mariage, et là, par un acte aussi solennel que le contrat de mariage lui-même, ils déclarèrent vouloir, de l'avis de leurs parents, se départir de la clause du contrat qui s'écartait du partage légal.

La femme mourut, et ses héritiers demandèrent à être traités d'après les règles d'égalité de la coutume; mais, par arrêt du 19 mai 1589, la convention post-nuptiale fut cassée : « Arrêt, dit Louet, fondé sur

(1) Lettre M, somm. 4.

l'utilité publique, l'honnêteté d'entre mari et femme, et le repos des mariages, qui n'admettent pas qu'on puisse réformer un contrat de mariage après consommation. »

208. Il est vrai qu'une décision contraire est rapportée dans les réponses de Charondas (1). Deux époux s'étaient mariés avec la clause d'exclusion de communauté ; deux ou trois ans après, ils changent de sentiment et stipulent que la communauté légale les régira. Charondas nous apprend que par arrêt du parlement de Paris de 1546, au rapport de M. Odouard, magistrat d'origine italienne, que François Ier avait appelé en France, il fut jugé que cette société était valable ; qu'elle n'était qu'un retour au droit commun ; qu'il n'y avait aucun avantage ou libéralité dans le nouveau contrat ; que ce n'était que la consécration de cette société naturelle qui est dans le mariage ; que si les époux y avaient renoncé, ils pouvaient y revenir, etc., etc. Mais je n'ai pas besoin d'insister pour montrer l'insuffisance de ces raisons. La jurisprudence postérieure les condamne ouvertement. Il est possible du reste que l'arrêt de 1546 ait été influencé par les opinions du rapporteur, moins attaché probablement aux idées françaises qu'aux préjugés du droit romain.

209. Ceci ne veut pas dire que, pendant le ma-

---

(1) Liv. 5, chap. 61.

riage, les époux mariés, par exemple, sous le régime dotal, ne puissent pas faire une société particulière, relative à tel ou tel objet déterminé. Qu'un mari ait un grand commerce de banque, et que sa femme lui confie, à titre de commandite, des sommes paraphernales : je crois que cette convention n'est pas prohibée, et qu'il y faut avoir égard si elle est sérieuse. Qu'un mari qui a des capitaux, se réunisse à sa femme qui a des deniers paraphernaux, pour acheter en commun un immeuble, c'est ce que je considère comme tout à fait permis (1)....; mais il ne faut pas conclure de là à une association plus étendue, ayant un caractère universel (2), réagissant par conséquent d'une manière nécessaire sur le contrat de mariage, et modifiant le droit général de l'un des époux, ou même le droit de tous les deux (3).

210. M. Duranton croit cependant que les époux séparés peuvent établir entre eux une société même universelle, prétendant que par là ils n'altéreraient en rien leurs conventions matrimoniales (4). Mais on ne voit pas par quelle dérogation plus directe et plus radicale, il serait possible d'enlever au contrat de mariage sa force conventionnelle. Substituer à la séparation l'association universelle, c'est évidemment

---

(1) *Infrà*, n° 3188, je cite plusieurs autorit s.
(2) Arg. de l'art. 1836 C. civ.
(3) M. Duvergier, *Société*, n° 102.
(4) T. 17, n° 347, et les notes.

défaire son propre ouvrage ; c'est mettre une combinaison nouvelle à la place de l'ancienne ; c'est, pour ainsi dire, passer d'un pôle à l'autre pôle, quand la loi défend de changer de place.

211. Ce serait également modifier les conventions matrimoniales que de consentir, pendant le mariage, à une séparation volontaire (1). La remise de la dot faite par le mari à la femme n'étant autorisée, par le contrat de mariage ou par la loi, qu'à la dissolution du mariage ou dans le cas de séparation judiciaire, une remise volontaire serait de nature à compromettre la responsabilité du mari; la dot mobilière dissipée par l'épouse, pourrait être répétée contre lui une seconde fois ; il serait garant d'une remise imprudente et faite en contravention à toutes les précautions par lesquelles la capacité des femmes mariées a été circonscrite (2). Nous insisterons sur ce point avec plus de détails aux nos 1341 et suivant.

212. De même, si les époux faisaient le partage de leur communauté ou de leur société d'acquêts, *constante matrimonio*, ce partage n'aurait aucune valeur ; ce serait partager avant la dissolution de la société ; ce serait mettre fin à l'association avant le

---

(1) Art. 1443.

(2) Caen, 14 novembre 1825 (Dalloz, 30, 2, 76).
Infrà sur l'art. 1443, un arrêt contraire de Lyon, nº 1341.

terme assigné par la loi ou la convention (1) : un tel acte n'est donc aujourd'hui d'aucune valeur. Autrefois, dans les pays de droit écrit, il n'aurait pas été incompatible avec les principes dominants (2) ; et quoique Bouhier suppose que la seule raison qu'on en puisse donner, c'est la possibilité de faire des donations entre mari et femme, il est évident que le Code civil s'y oppose de la manière la plus positive, bien qu'il ne prohibe pas les donations *inter virum et uxorem;* et il faut s'en féliciter. On ne saurait trop insister sur les inconvénients de l'instabilité des conventions matrimoniales, soit pour l'honneur et le repos des époux, soit pour le crédit des tiers. Rien ne serait plus déplorable que cette facilité laissée aux époux de céder aux entraînements de leur caprice. La mutabilité des conventions matrimoniales aurait, au point de vue des intérêts, le même inconvénient que le divorce, au point de vue de l'union des personnes.

Il suit donc de là que les époux ne pourraient faire tout au plus qu'un partage provisionnel, lequel serait subordonné à la ratification libre des deux parties, lorsque la communauté serait dissoute.

La Cour d'Amiens a cependant jugé le contraire.

Un père voulant opérer un partage de ses biens entre enfants, avait fait, pour y parvenir, le partage

---

(1) Bordeaux, 8 décembre 1831 (Dalloz, 32, 2, 85).

(2) Boerius, *decis.* 544, n° 2.

Bouhier sur Bourgogne, chap. 21, nos 157 et suiv.

de la communauté, partage dont il reconnaissait les irrégularités, mais qu'il subordonnait à la loyauté de sa femme.

Il décéda ; sa femme accepta le partage ; mais comme il laissait des enfants de deux lits, ces derniers ne tombèrent pas d'accord, et quelques-uns des enfants demandèrent la nullité du partage.

Jugement du tribunal de Beauvais qui déclare le partage nul.

Mais la Cour d'Amiens le déclara valable par arrêt du 9 décembre 1847.

En accordant à un père le droit de partager ses biens entre ses enfants, la loi a dû vouloir qu'il pût détacher de sa communauté ce qu'il y a d'afférent à lui, afin d'en faire la répartition entre ses enfants. D'ailleurs, le père n'a fait ici qu'un partage provisionnel ; ce partage ne pouvait produire d'effets qu'après la dissolution de la communauté et dans le cas où il serait ratifié par la femme. Or, la femme l'a ratifié ; elle l'accepte ; elle reconnaît que le père a usé d'un pouvoir légitime pour faire un acte licite et éloigner les procès de sa succession.

On se pourvut en cassation (1) ; j'étais rapporteur. Je faisais remarquer « que puisque le partage était provisoire, il fallait le considérer comme tel à l'égard de toutes les parties ; que les enfants avaient donc le droit de dire : Puisqu'il est provisionnel, nous avons le droit de dire que nous ne voulons pas l'accepter pour définitif; sans cela, il n'y aurait pas égalité

---

(1) Affaire n° 16,936, Dupont contre Dodé.

de position. Quelle était la situation ? Dans la pensée de Dodé, ce partage ne liait pas sa femme; celle-ci aurait pu le répudier ; c'est pour cela qu'il avait fait appel à son bon vouloir pour le laisser subsister.

» Ceci posé, suffit-il que le partage, évidemment provisoire, ne soit pas attaqué par la femme au décès du mari, pour que, par cela seul, il devienne définitif? Ne faut-il pas aussi qu'il soit accepté par les héritiers de l'autre partie? sans quoi où serait l'égalité de situation qui doit régner entre contractants?

» Il semble, dès lors, que les héritiers peuvent se prévaloir de cette égalité, et dire : Nous ne voulons pas de ce partage provisoire et, pour ainsi dire, boiteux; nous voulons un nouveau partage.

» Ces raisons ont frappé la Cour de Bordeaux, qui, par arrêt du 8 décembre 1831, a décidé qu'un partage de succession fait pendant une communauté d'acquêts, et afin d'opérer un partage entre enfants, ne pouvait être opposé par le survivant aux héritiers du prédécédé (1). Le tribunal de première instance avait adopté les raisons qui ont déterminé la Cour d'Amiens. La Cour de Bordeaux, saisie de l'appel, réforma sa décision.

» Un partage anticipé, même provisionnel, peut avoir des inconvénients ; il peut n'être pas complet : que deviendrait-il si, pendant le restant de leur communauté, les époux faisaient des économies,

---

(1) Dalloz, 31, 2, 85.

achetaient, augmentaient leur mobilier? et puis, ne sera-ce pas un moyen de masquer des libéralités? la fraude ne pourra-t-elle pas détourner une partie de l'actif au profit d'un des conjoints?

» Dans l'ancien droit écrit, un partage anticipé n'aurait pas été incompatible avec la jurisprudence. On peut consulter Bouhier sur la coutume de Bourgogne (1). On n'y tenait pas à l'immutabilité des conventions matrimoniales; mais en pays coutumier, et avec la fixité du contrat de mariage, il eût été difficile de se ranger à cette opinion. En un mot, l'art. 1395 est très-grave.

» A la vérité, on rend difficile par là les partages d'ascendants entre enfants; mais cette faculté doit-elle l'emporter sur la prohibition d'ordre public contenue dans l'art. 1395? »

Sur ces raisons, le pourvoi a été admis par arrêt du 26 décembre 1848.

215. Il suit de ces principes que lorsque le contrat de mariage a fixé la qualité des biens, les conjoints n'ont pas la liberté de remplacer cette qualité par une autre. Ainsi, les parties ne peuvent rendre dotal, *constante matrimonio*, un immeuble qui n'est pas tel par le contrat de mariage; et, par exemple, si le contrat de mariage constitutif du régime dotal entre les époux, ne dit pas que les sommes dotales apportées par la femme devront être employées en achats d'immeubles, les époux ne peuvent, lorsqu'ils achètent un immeuble avec les deniers dotaux, le rendre

---

(1) Chap. 21, n° 157.

dotal (1) en déclarant, dans l'acte, que l'acquisition est faite pour la femme, et lui tient lieu de remploi. Cet immeuble ne sera pas inaliénable ; il tombera dans la société d'acquêts, s'il y en a une entre les époux (2). Nous exposerons ce point avec une suffisante étendue dans notre Commentaire de l'art. 1553.

214. Ce n'est pas à dire pourtant que la qualité imprimée par le contrat de mariage sur un immeuble soit tellement invariable, qu'elle ne puisse être déplacée et transportée de tel immeuble sur tel autre immeuble. Il arrive tous les jours qu'un propre soit vendu et remplacé par un autre propre. Dans le régime dotal modifié par la faculté de remplacement, le bien dotal est aliéné et dégagé de l'étreinte dotale, et on lui substitue un autre immeuble qui devient dotal. Rien de tout cela ne rentre dans l'ordre des changements prohibés par notre article. L'état du mariage n'empêche pas les transactions, le mouvement, l'usage libre de certains droits. L'important est que cette liberté se meuve dans le cercle tracé par le contrat de mariage. Or, quand le contrat de mariage autorise la vente avec remplacement, les parties ne font qu'user d'un droit originaire qu'elles se sont réservé en se mariant, et qui, loin de contredire le contrat de mariage, ne fait qu'en mettre en action une combinaison prévue.

---

(1) Art. 1553 C. civ.

(2) Cassat. req. 23 avril 1833 (Dalloz, 33, 1, 286). V. *infrà*, sur l'art. 1553, nos 3177 et suiv.

215. Il est si vrai que les pactes matrimoniaux sont irrévocables, que la loi elle-même ne saurait, par des dispositions postérieures, en enlever aux parties le bénéfice légitime. Sans quoi elle porterait atteinte à des droits acquis ; elle violerait le droit au lieu de le protéger. Ce serait de l'effet rétroactif.

Voici un cas, entre beaucoup d'autres, qui pourra servir d'exemple.

La quarte du conjoint pauvre, fondée sur l'Authentique *Præterea*, C. *Unde vir et uxor*, était suivie dans les pays de droit écrit, et notamment en Roussillon. La femme mariée sans dot, survivant à son mari riche, et étant elle-même pauvre à l'époque du décès de celui-ci, avait droit au quart de la succession si le mari laissait moins de quatre enfants, et à une part virile s'il en laissait quatre ou un plus grand nombre. Cette portion de succession dévolue à la femme lui restait en toute propriété si le mari ne laissait pas d'enfants, ou si les enfants mouraient avant elle. Dans le cas contraire, elle n'en avait que l'usufruit (1).

Quoique ce droit fût un droit éventuel et de succession (2), il n'en était pas moins un avantage irrévocable, né du mariage et attaché à ce contrat ; et sous ce rapport, il ne pouvait être atteint ou diminué par la volonté de l'homme.

---

(1) M. Merlin, Répert., v° *Quarte de conjoint pauvre*. V. la Novelle 117, chap. 5.

(2) Vinnius.

La volonté de la loi n'a pas pu davantage lui faire obstacle. C'est pourquoi la loi du 17 nivôse an II, art. 61, s'efface devant ce droit immuable. Les dispositions rétroactives de son art. 13 ont été abrogées par les lois du 9 fructidor an III et 3 ventôse an IV, qui ont respecté ce principe d'éternelle raison, savoir, que les droits acquis sont hors la puissance de la loi nouvelle (1).

216. Ce n'est pas seulement la convention des parties qui est impuissante pour apporter des changements au contrat de mariage; ce n'est pas seulement la loi ; c'est encore la sentence du juge. Nulle décision judiciaire ne peut, hors des cas déterminés, imposer aux parties des changements contraires au contrat (2).

Ainsi, si le contrat de mariage autorise la femme à vendre ses paraphernaux sans emploi et sans caution, le jugement qui, sur le refus de son mari, l'autorise à vendre, ne peut, sans abus de pouvoir, lui imposer l'obligation de remployer, ou la soumettre à des conditions analogues qui gêneraient la liberté qu'elle s'est réservée par son contrat (3).

Ainsi encore, si une femme a apporté une dot mobilière à son mari sans exiger d'emploi, et qu'un jugement de séparation de biens soit ensuite prononcé entre elle et son mari, ce jugement n'aura

(1) Cass. 2 août 1831 (Dalloz, 32, 1, 19).

(2) *Infrà*, n° 298.

(3) Bordeaux, 24 août 1830 (Dalloz, 31, 2, 62).

pas le droit de lui imposer un emploi en immeubles qui dotalise ces immeubles. D'après l'art. 1553 du Code civil, l'immeuble acheté avec les deniers dotaux n'est pas dotal, à moins d'une clause d'emploi portée dans le contrat de mariage. Il n'est donc pas permis au juge de faire ce que n'a pas fait le contrat de mariage. Son ordonnance pourra bien servir de règle à l'épouse comme mesure d'administration, mais elle n'aura pas d'effet contre les tiers (1). Nous reviendrons là-dessus dans notre Commentaire de l'art. 1553.

217. Mais, tout ceci étant admis, il n'en est pas moins vrai que les contrats qui ne portent pas une perturbation dans le régime conjugal, restent valables quand une loi spéciale ne les prohibe pas; l'article 1395 ne saurait leur être opposé, alors même que ces contrats, ayant en vue l'exécution des pactes matrimoniaux, s'en écarteraient par des modifications sans importance. Il faut laisser, en effet, une certaine latitude aux époux sur les choses légères et dont le fond du droit n'est pas affecté. Les scrupules poussés jusqu'à la tyrannie ne valent rien en quelque matière que ce soit, surtout dans la jurisprudence, et dans les rapports conjugaux, d'où il est de règle qu'il faut bannir l'âpreté du droit strict: *Res non sunt amarè tractandæ.*

218. Ceci servira à résoudre la question que voici:

---

(1) *Infrà*, n° 3197.

Est-ce apporter un changement aux conventions du mariage, que d'effectuer le payement des sommes stipulées en dot, au moyen d'une valeur différente?

Par exemple, un employé d'une entreprise commerciale, un directeur de messageries, qui a promis à sa fille une dot de 4000 fr., s'acquitte-t-il valablement en cédant à son gendre l'avantage de sa démission, estimée au prix de 4000 fr.? Est-ce là une compensation équitable et satisfactoire de la constitution dotale? Enfin, est-ce un changement apporté, contrairement à l'art. 1395 du Code civil, aux conditions civiles du mariage? ou bien, n'est-ce qu'un mode d'exécution abandonné à la libre volonté des parties?

Un arrêt de la chambre des requêtes du 2 mars 1825, portant rejet d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 18 décembre 1823, a décidé qu'il n'y a là aucune contravention à l'art. 1395 du Code civil (1). Cet arrêt peut, suivant les circonstances, servir d'exemple et de bon précédent. A la vérité, le contrat de mariage semblait indiquer que le payement se ferait en argent. Mais, dans la pensée des époux, ce n'était qu'une indication, et nullement une

---

(1) Dalloz, 25, 1, 151.

Cet arrêt est rendu dans une espèce où il s'agissait de la démission d'un percepteur au profit de son gendre. J'ai changé le percepteur en employé privé, parce que, quoi qu'en dise la Cour, je ne pense pas que l'avantage d'une démission de fonction publique soit une chose placée dans le commerce. V. mon commentaire *de la Vente*, t. 1, n° 220.

prescription taxative. Une occasion favorable se présente pour solder la dot en une valeur plutôt qu'en une autre. Ce mode de libération est plus profitable aux époux qu'une libération en argent; il leur a procuré un emploi, une occupation lucrative, une position avantageuse. Il faudrait que le contrat de mariage eût des dispositions bien limitatives, pour mettre obstacle à une combinaison si utile aux époux.

219. Il en serait de même à plus forte raison si le pacte du contrat de mariage dont les époux se sont écartés, n'était que de pure convenance; ou bien si, en soi et par sa nature, il était subordonné, quant à sa durée, au libre arbitre des époux. C'est ce qui arrive toutes les fois que le gendre contracte avec son beau-père une convention de vie commune. Ce pacte, qui, dans beaucoup de cas, a ses avantages, a aussi ses inconvénients. S'il resserre les liens de famille, il enchaîne la liberté. Il était très-fréquent autrefois dans certaines provinces, qui tenaient plus de compte de l'association que de la liberté; il est beaucoup plus rare aujourd'hui, où les mœurs publiques mettent la liberté à un bien plus haut prix que l'association. Or, la liberté de l'homme est d'une si haute valeur qu'on ne saurait y porter atteinte; elle est toujours maîtresse de rentrer dans ses droits imprescriptibles.

Écoutons l'espèce suivante.

220. David Dartenset s'était marié en 1794; par son contrat de mariage, il s'était engagé, conjointement avec sa future épouse, à habiter en la com-

pagnie de son père, et à y porter leurs travaux, revenus et industrie.

Plus tard, les parties renoncèrent à cette obligation réciproque.

Après la mort du père, une contestation s'éleva entre David et sa sœur, et celle-ci fit surgir la question de la validité de la renonciation aux combinaisons du contrat de mariage. Comme David avait fait des acquêts avec son industrie, ses fruits et travaux, elle voulait que ces acquêts fussent rapportés.

Elle n'y était pas fondée (1); la clause en question du contrat de mariage ne devait pas engager les époux à perpétuité. La vie commune peut devenir insupportable; il n'y a pas de bonne société qui ne devienne mauvaise. Les époux sont donc maîtres de rentrer dans une position indépendante, et de s'affranchir d'engagements respectifs, onéreux pour leur liberté. Or, puisque les conjoints David ne recevaient plus chez le père la nourriture, l'entretien et le logement, il était juste qu'ils recouvrassent la plénitude de leurs droits sur leurs fruits, leur industrie et leurs travaux.

En un mot, il ne s'agissait pas ici de changer le régime du mariage entre époux. Mais le contrat de mariage était mêlé d'un contrat de société avec un tiers; de ce que ce contrat était inséré dans un contrat de mariage, il ne s'ensuit pas qu'il dût échapper à la loi qui lui était inhérente, d'être dissous à volonté (2).

---

(1) Bordeaux, 26 juillet 1838 (Devill., 39, 2, 51).
(2) V. mon commentaire *de la Société*, t. 2, n° 966.

221. De là nous tirons cette conclusion : c'est qu'il faut bien distinguer dans les contrats de mariage les pactes qui règlent le régime matrimonial, d'avec certains pactes qui ne sont que des conventions ordinaires faites avec des tiers. Toutes les fois que ces conventions sont distinctes du régime matrimonial, qu'elles n'en sont pas une condition essentielle et inséparable, alors elles ne participent pas à l'immutabilité des pactes matrimoniaux, et on applique la règle de droit commun : « Nihil tam » naturale est quàm eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est (1). » L'immutabilité du contrat de mariage est une exception qui ne doit pas être étendue à des conventions qui, bien qu'insérées dans un contrat de mariage, ne font cependant pas corps avec le contrat de mariage lui-même, et ne sont pas la base du régime matrimonial.

222. Mais si le contrat passé avec le tiers dans le contrat de mariage se liait intimement avec ce même contrat, c'est alors seulement que l'art. 1395 ne permettrait pas d'y rien changer.

Par exemple :

Un mari renonce en faveur de son beau-père aux intérêts de la dot que ce dernier a constituée à l'épouse. Un arrêt de la Cour de Pau du 9 janvier 1838 décide que c'est là un changement au contrat de

---

(1) L. 35, D., *De reg. juris.*

mariage qui ne peut tenir (1), et qu'il y a nullité radicale.

Cette décision est bonne; elle met notre règle dans tout son jour. Il est évident que l'obligation de servir les intérêts de la dot se lie au régime matrimonial, au gouvernement du ménage, à sa prospérité. Les intérêts de la dot sont acquis à la famille pour supporter les charges du mariage. La renonciation du mari influe donc sur les pactes matrimoniaux ; elle les modifie ; elle enlève au ménage un de ses éléments propres. On voit tout de suite quelle distance il y a entre cette hypothèse et celle du n° 220. Dans cette dernière, il est évident que, soit que les époux fussent associés avec le beau-père, soit qu'ils fussent libres, le régime matrimonial était absolument le même ; c'était ou le régime dotal, ou le régime de la communauté : rien de plus, rien de moins; il n'y avait de changé que la manière de vivre. Mais dans l'exemple pris des intérêts de la dot, il est bien évident qu'une dot déclarée frugifère par le contrat de mariage, ne peut être transformée ensuite en une dot stérile, sans s'écarter des combinaisons qui ont présidé au contrat de mariage.

Ces distinctions sont importantes ; elles me paraissent assez nettes pour servir de règle dans les autres cas analogues.

223. Quand les changements tardifs introduits

---

(1) Devill., 39, 2, 339.

dans l'association conjugale sont de nature à intéresser les tiers, ceux-ci ont qualité pour se prévaloir de la nullité qui ressort de notre article. Pour cela, ils n'ont pas besoin d'attendre la dissolution du mariage ; il suffit qu'ils aient un intérêt né et actuel à faire tomber l'acte dérogatoire qui leur est opposé. Rien de plus évident, du reste, que ce droit des tiers de demander la nullité des conventions postérieures au mariage ; c'est en grande partie dans leur intérêt que l'art. 1395 a été édicté. En réglant le droit des époux, les conventions matrimoniales règlent aussi les droits des tiers qui peuvent contracter avec eux (1). Les époux ne peuvent donc ni aggraver ni alléger la position des tiers à leur égard. Tout changement est de nulle valeur, et les tiers doivent s'en tenir au contrat.

224. Maintenant, pour terminer notre commentaire de l'art. 1395, il ne nous reste plus qu'à revenir sur une question que nous avons déjà touchée au n° 68, et qui trouve sa place naturelle alors que nous nous occupons spécialement des dérogations au contrat de mariage.

En exposant les raisons d'ordre public, de moralité, d'honnêteté, sur lesquelles repose l'art. 1395 du Code civil, nous avons suffisamment indiqué que c'est dans les rapports d'époux à époux qu'elles ont été puisées. C'est parce que les époux ne sont

(1) Cass. ch. civ. 25 août 1826 (Dalloz, 27, 1, 8).

pas suffisamment libres, c'est parce qu'il ne faut pas exciter entre eux la convoitise et l'esprit mercantile, c'est parce qu'il ne faut pas leur faciliter les occasions de tromper les tiers, que la sagesse du législateur les enchaîne à leur contrat de mariage comme à une loi invariable ; c'est donc à eux, et à eux seuls, que s'adresse la prohibition de s'écarter du contrat de mariage.

Mais si un tiers veut faire une libéralité à l'un des époux, ce tiers, qui n'a pas été partie au contrat, ce tiers, pour qui ce contrat est *res inter alios acta*, devra-t-il nécessairement prendre pour règle de sa libéralité, le régime imposé aux biens par le pacte matrimonial ? A mon sens, la négative ne saurait être douteuse. Le tiers qui donne son bien, est maître de sa libéralité ; il pourrait ne pas donner du tout ; il peut, à plus forte raison, donner à telles ou telles conditions qui s'écartent du régime matrimonial, auquel est soumis l'époux donataire. Comment l'art. 1395 lui serait-il opposé ? il n'a pas été fait pour lui. Édicté pour mettre un frein à l'entraînement des époux, il est neutre à l'égard des tiers, qui, dans leur libéralité spontanée, n'ont à consulter que leur affection (1).

Autrefois la question était controversée (2). Beaucoup d'auteurs très-graves tenaient que le donateur devait subir la loi du contrat de mariage, surtout

(1) *Infrà*, n° 3065.
(2) M. Tessier, *Dot*, p. 48, note 73.

si, de sa disposition, résultait quelque diminution des droits de l'autre conjoint. Ainsi, si une femme s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir, un tiers ne peut, par son testament, lui laisser des immeubles à condition qu'elle les recevra à titre de paraphernaux, et qu'elle pourra les aliéner. Telle était l'opinion de Serres (1), Fromental (2), Despeisses (3), Roussilhe (4), Duperrier (5); et c'est en cédant à l'autorité de ces écrivains, que la Cour de Nîmes a consacré cette manière de voir par arrêt du 18 janvier 1830 (6).

Mais l'opinion contraire, enseignée par Lebrun (7) et autres (8), est incontestablement meilleure. Les textes ne manquent pas pour la corroborer : sous le Code civil nous avons les art. 387 et 1401 ; sous l'ancien droit nous avons la novelle 117, qui permet de léguer des biens adventifs au fils de famille, sous la condition que le père n'y pourra exercer son usu-

---

(1) Instit., liv. 2, t. 9, p. 207.
(2) V. *Dot*, p. 244.
(3) *De la Dot*, p. 474.
(4) Tome 1, p. 333.
(5) Liv. 1, quest. 10, t. 1, p. 60.
(6) Dalloz, 30, 2, 128.
(7) *Suprà*, n° 68.
(8) V. Merlin, Répert., v° *Dot*, § 2, n° 10.
MM Bellot des Minières, t. 4, p. 40.
Dalloz, v° *Mariage*, p. 299, n° 8.
Proudhon, t. 1, n° 286.
Tessier, *Dot*, t. 1, p. 48.

fruit légal ; et il est évident que ce que la loi romaine autorise quand il s'agit du père, elle le permet par identité de raison quand il s'agit d'un époux. Enfin, répétons que l'art. 1395 est fait pour les époux, et non pour les tiers ; que le testateur aurait pu ne rien donner du tout ; qu'il a pu, à plus forte raison, donner à son legs une loi spéciale ; que la famille ne peut qu'y gagner.

Au reste, la jurisprudence est aujourd'hui parfaitement fixée (1): on en a vu ci dessus de nombreux exemples. Nous en citerons tout à l'heure un dernier. Avant tout, mettons en lumière une modification qui tempère notre proposition.

225. Quand le donateur et le testateur ne font que transmettre à l'époux sa part dans la réserve, ils n'ont pas la faculté d'imposer à ce don les conditions libres dont nous nous occupons. La raison en est simple : la réserve vient de la loi, et non de la libéralité de l'homme. L'époux la tient *ab intestat;* elle ne peut lui échoir qu'à la condition de subir la loi du contrat de mariage.

Mais quand le donateur et le testateur donnent des choses qu'ils pourraient ne pas donner, alors ils sont libres de ne donner qu'à telle ou telle condition non contraire aux bonnes mœurs ; et certes, ce serait une susceptibilité bien inhumaine de la part de l'autre époux, que de préférer la pauvreté de son conjoint à

---

(1) *Suprà*, n° 68.

une diminution de quelques prérogatives qui n'a aucun inconvénient.

226. Aussi la jurisprudence repousse-t-elle avec énergie et persistance les critiques élevées à ce sujet: distinguant ce qui doit être distingué, elle n'applique pas aux tiers l'art. 1395, qui est fait pour les seuls époux. Elle ne considère pas comme changement au contrat de mariage les conditions imposées par des tiers qui, voulant gratifier l'un des époux, mettent pour condition à leurs donations, des modalités qui ne sont pas en harmonie avec ce contrat. Supposons donc le cas que voici :

Une femme est mariée sous le régime dotal avec faculté d'aliéner moyennant remploi. Un tiers la gratifie par son testament, et lui lègue tels et tels immeubles avec droit de les aliéner sans remplacement. Ici, le contrat de mariage cède au testament, et ce n'est pas le cas prévu par notre article. On ne saurait trop le répéter : les tiers peuvent apposer à leurs libéralités les conditions qu'ils jugent nécessaires (1). Sans ces conditions, qui satisfont leur amitié, ils n'auraient pas donné. Pourquoi, dans l'espèce, le mari se plaindrait-il de la liberté donnée à sa femme par son bienfaiteur? N'est-ce pas une bonne fortune qui arrive au ménage et sur laquelle il n'avait pas droit de compter? N'y aura-t-il pas plus d'aisance

(1) Rouen, 7 février 1844 (Devill., 45, 2, 78).

dans la maison conjugale et un meilleur avenir pour les enfants? Qu'il profite donc de cette aubaine qu'un heureux sort lui envoie! Il ne gagnerait rien à se renfermer minutieusement dans une loi autre que celle du donateur. Il ne faut pas que l'amour de la règle dégénère en un fanatisme destructeur des vrais intérêts de la famille.

Article 1396.

Les changements qui y seraient faits avant cette célébration, doivent être constatés par acte passé dans la même forme que le contrat de mariage.

Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage.

SOMMAIRE.

227. Des changements qui précèdent le mariage et ont pour but de modifier le pacte matrimonial arrêté et signé.
    Raisons pour lesquelles les changements doivent être accompagnés d'une grande solennité.
228. Origine de ce point de droit.
229. Les contrats de mariage sont des pactes de famille. En quel sens ceci doit être entendu. Observations sur une opinion de M. Toullier fort sujette à critique.
230. Des contre-lettres.
231. Suite.

232. La loi a dû intervenir pour les proscrire, car la conscience ne suffit pas toujours, même dans les positions les plus élevées, pour en interdire l'usage abusif.

233. Renvoi à l'article 1397 pour certaines formalités.

234. Les changements doivent être faits avec la présence et le consentement des personnes qui ont été parties au contrat de mariage.

Comment ce point doit être entendu.

235. Suite.

Si tout le monde ne tombe pas d'accord sur le changement, le contrat de mariage reste acquis à la première rédaction.

236. Suite.

237. Des personnes dont le concours est nécessaire.

238. Des parents et autres appelés au contrat de mariage *honoris causa*.

239. Des ascendants appelés par pure révérence au contrat de mariage.

240. Des appendices, compléments et extensions apportés au contrat de mariage avant la célébration, mais après la signature du pacte.

Ancienne jurisprudence.

Dernier état attesté par Pothier.

241. Sentiment de M. Toullier, qui propose d'en revenir à une vieille jurisprudence abandonnée.

242. Arrêt de la Cour de cassation qui proscrit l'opinion de M. Toullier.

243. Suite.

244. Suite.

245. Du reste, des tiers peuvent, après le contrat de mariage, faire une donation à l'un des époux sans observer l'article 1396, et cette donation est valable par elle-même et sans référence à l'article 1396. Ce n'est pas une donation par contrat de mariage ; c'est une donation ordinaire.

COMMENTAIRE.

227. L'article précédent s'est occupé des changements au contrat de mariage faits après le mariage contracté; l'art. 1396 va traiter des changements qui le précèdent.

Tant que le mariage n'est pas célébré, les choses sont encore entières; le repentir est permis; on peut changer les dispositions arrêtées. On pourrait refaire un autre contrat; on peut, à plus forte raison, modifier celui qui a été fait. Mais comme le contrat de mariage est un contrat de droit public, dans lequel la solennité des formes est une garantie nécessaire donnée aux plus graves intérêts, ces changements et ces modifications ne peuvent s'opérer qu'avec le concours des formalités qui ont présidé à l'acte primitif, et avec l'assistance des personnes qui y ont pris part (1). Rien de plus sage que ces précautions; l'expérience les a introduites dans la jurisprudence; elles sont le fruit d'une pratique attentive et éclairée. Sans ces barrières salutaires, on verrait de jeunes futurs céder à la passion d'un mariage désiré, et contracter des engagements préjudiciables avec une facilité funeste; on les verrait se cacher de leurs mentors naturels pour défaire les combinaisons dues à

---

(1) Paris, art. 258, ajouté à la nouvelle coutume réformée.
Orléans, art. 223.
Normandie, art. 388.
Calais, art. 59.

leur prévoyance, et rendre inutiles, par des conventions secrètes, les pactes les mieux concertés. *En mariage, trompe qui peut*, dit Loisel (1). C'est une raison de plus pour que la loi mette un frein à ce qui ressemble à des piéges et peut tenter des cœurs accessibles à la séduction. Tout doit donc être fait solennellement, publiquement, dans ce qui se rattache à un contrat où viennent se résumer tant d'intérêts importants. Et comme le contrat de mariage ne touche pas seulement à la personne des époux ; comme il réagit sur la famille entière, sur les enfants à naître, sur les tiers ; comme il est un pacte de famille ; il s'ensuit que les arrangements primitifs, auxquels les parents ont été appelés comme parties, ne peuvent être détruits ou altérés qu'avec leur consentement. Leur absence serait un indice de clandestinité ; il faudrait craindre la fraude ou l'imprudence. Ce que la famille a fait en conseil, ne peut être changé que dans le conseil de la famille ; la volonté des deux époux n'y serait pas suffisante.

Tout ceci a été puisé dans le droit ancien (2).

228. Les auteurs en font remonter l'origine aux lois germaniques (3). Ce qu'il y a de sûr, c'est que

---

(1) *Instit. coutum.*, 1, 2, 3.
Arg. de la loi 27, C., *De donat.*

(2) Louet, lettre C, somm. 28.

(3) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*, n° 4.
Ferrières sur Paris, art. 258, n° 3.

Tacite dit en effet : *Intersunt parentes atque propinqui, et munera probant. (De morib. Germanor.)*

la jurisprudence, frappée des inconvénients des changements non solennels faits aux contrats de mariage, avait, même avant la réformation des coutumes, enlevé aux époux imprudents la facilité dangereuse de se nuire à eux-mêmes par des pactes secrets ajoutés à leur contrat. Le Code civil n'a fait que confirmer une jurisprudence fondée sur des motifs d'utilité si sérieux. Tout ce qui n'est pas public, solennel, consacré par l'accord de cette même famille qui a dû présider au contrat primitif, est réputé contraire à l'honnêteté publique (1).

229. Il résulte de là qu'aujourd'hui comme autrefois, les contrats de mariage sont des pactes de famille. Notre article en est la preuve. M. Toullier a voulu ébranler cette vérité (2). Il cite un passage de Pothier dans lequel cet éminent jurisconsulte enseigne que « les conventions matrimoniales ne doi-» vent plus être regardées que comme des conven-» tions entre les seules parties contractantes (3). » Mais cette proposition de Pothier ne saurait avoir le sens qu'y attache M. Toullier. Quand on s'empare d'une proposition, il faut la prendre à son vrai point de vue, car elle n'a presque toujours d'exactitude que lorsqu'elle est renfermée dans son cadre; il est rare que, pareille à une selle à tout cheval (qu'on

---

(1) Pothier, *Communauté*, préface, n° 13.

(2) Tome 12, n° 32.

(3) *Traité des Donations entre mari et femme*, n° 27.

me pardonne cette figure triviale, elle puisse s'adapter à toute fin. Or, quel était ici le point de vue de Pothier? Il examine la question de savoir si deux époux qui se sont interdit, par leur contrat de mariage, de se faire le don mutuel autorisé par la coutume de Paris, peuvent néanmoins, et malgré cette clause, rentrer dans le droit commun et user de la permission de la coutume. Pothier rapporte un arrêt du mois de juin 1640 qui a maintenu dans toute sa force prohibitive, la convention du contrat de mariage de ne pas se faire de don mutuel. Et pourquoi cette décision? parce qu'on regardait les contrats de mariage comme des conventions intéressant non-seulement les deux conjoints, mais encore les deux familles, et que le don mutuel aurait été, à l'égard de celles-ci, une violation du pacte matrimonial. Mais, ajoute Pothier, il n'en est plus de même depuis qu'un arrêt de règlement du parlement de Paris, du 17 mai 1762 (1), a décidé que les conventions matrimoniales ne doivent plus être regardées que comme des conventions entre les seules parties contractantes: en effet, le pacte dont il s'agit, si on le restreint aux seuls époux, est, pour eux, sans intérêt. C'est une stipulation inutile. Maintenant, pourquoi l'arrêt de 1762 a-t-il été rendu? le voici: L'ancienne jurisprudence avait appliqué avec une extrême rigueur le principe que les contrats de mariage sont des pactes de famille; on vient d'en voir la preuve

(1) Rapporté au *Traité de la Communauté*, n[os] 539 et 548.

par l'arrêt de 1640. Cette rigueur était devenue une source d'abus dans les successions. Si, par exemple, un mari se créait, par contrat de mariage, un propre conventionnel, ses héritiers venaient se le disputer par les prétentions les plus diverses : l'héritier des propres le réclamait comme propre fictif, investi de ce caractère par le contrat de mariage, vrai pacte de famille ; l'héritier du mobilier disait, au contraire, que ce meuble n'était propre qu'eu égard à la communauté, et non eu égard à la succession, et que la convention de propre était étrangère aux héritiers entre eux. C'est ce dernier sentiment que l'arrêt de règlement de 1762 a fait prévaloir ; c'est de cet arrêt que Pothier tire la conclusion que les contrats de mariage ne sont plus des pactes de famille, mais des conventions entre conjoints. Dans son ordre d'idées, Pothier a évidemment raison. Non ! les contrats de mariage ne sont pas des pactes de famille, en ce sens que les parents ne peuvent s'en prévaloir pour enlever, dans leur propre intérêt, aux époux une liberté que le droit commun leur laisse ; non ! ce ne sont pas des pactes de famille faits pour avoir leur influence au delà du régime matrimonial. Mais ils sont pactes de famille en ce sens que la famille, qui y a été partie pour autoriser les époux et pour les doter, y est aussi partie nécessaire pour les prémunir contre les entraînements par lesquels ils pourraient se laisser arracher des concessions nuisibles et contraires aux stipulations arrêtées. Puisque les changements apportés au contrat de mariage n'ont d'autorité qu'avec l'assentiment des parents qui ont pris une part nécessaire au premier instrument matrimonial, il

s'ensuit que, sous ce rapport, ils sont encore de vrais pactes de famille ; non pas sans doute à la manière des Germains, mais avec les modifications raisonnables que le temps a apportées dans la société moderne.

250. C'est ordinairement par le moyen des contre-lettres que les parties essaient d'apporter des changements à leur contrat de mariage. La contre-lettre, imaginée pour enlever à un acte apparent sa signification réelle, est en général vue de mauvais œil. Elle met en contradiction le droit ostensible et le droit vrai ; elle renferme une dissimulation plus ou moins condamnable, suivant les cas. Les hommes sincères ont une répugnance louable à s'y prêter. *Respondebam*, disait Pline le jeune, *non convenire moribus meis, aliud palàm, aliud agere secretò* (1). La bonne foi veut que le témoignage extérieur soit d'accord avec les pensées secrètes des contractants ; et c'est surtout dans les contrats de mariage que cette règle de morale, de justice et de droit doit être observée, puisque le contrat de mariage fixe la position des époux envers les tiers. Il est donc formellement défendu aux époux d'altérer secrètement, par des contre-lettres, les déclarations contenues dans leur contrat de mariage. Dans les autres matières, la contre-lettre lie les parties contractantes (2) ; ce n'est qu'à l'égard des tiers qu'elle est dépourvue d'effet. Mais quand il s'agit du contrat de mariage,

(1) *Epist.*, lib. V, *epist.* 1.
(2) Art. 1321.

les contre-lettres clandestines n'engendrent aucun lien de droit, même entre les parties contractantes (1). Il faut que la contre-lettre soit revêtue du même caractère public que le contrat de mariage, si on veut qu'elle ait la puissance de modifier ce contrat; il faut de plus qu'elle soit sanctionnée par la présence et le consentement des parents qui ont été parties à l'acte primitif. Mais alors ce ne sont plus des contre-lettres; et l'on peut dire que notre article n'admet les contre-lettres en cette matière, qu'à la condition qu'elles dépouilleront leur caractère ordinaire.

231. Il est inutile d'insister pour faire ressortir la nécessité de cette jurisprudence. Ce serait vainement que le législateur aurait ordonné que le contrat de mariage fût un acte solennel, s'il était permis d'en troubler les déclarations authentiques par des conventions clandestines. On retomberait dans les inconvénients des stipulations matrimoniales non publiques, postérieures au mariage, sans date certaine, sans garantie de liberté.

232. Et ce qu'il y a de plus digne de remarque, c'est que, jusque dans les positions les plus élevées, il s'est toujours rencontré des hommes disposés à user de ces manœuvres et de ces dissimulations ; de sorte que si la loi n'existait pas, un libre cours serait ouvert aux fraudes les plus scandaleuses, sans

---

(1) Loisel, 1, 2, 4.

que la conscience fût assez forte pour opposer une digue au torrent.

En voici un exemple qui ne date pas d'aujourd'hui. Je l'emprunte à la jurisprudence du XVIe siècle. Ce n'est pas seulement de nos jours qu'il y a de mauvaises mœurs à reprendre parmi les hommes les mieux posés pour donner l'exemple des bonnes.

Le bailli de Sens voulant allier son fils aîné à une grande maison, lui résigna son office, et lui fit abandon de quelques maisons et terres. Néanmoins, il exigea de lui une grande somme pour la résignation de l'office, et, de plus, une contre-lettre portant renonciation à profiter de la donation des maisons et terres. Le père mourut; son fils décéda aussi sans enfants. Alors parut la contre-lettre, dont l'héritier du défunt voulut se prévaloir pour molester la veuve. Mais de tels actes, faits en fraude du contrat de mariage, ne pouvaient avoir effet; le parlement de Paris n'y eut aucun égard (1).

233. Nous verrons par l'art. 1397 quelles autres formes sont encore prescrites par la sollicitude du législateur pour que les contre-lettres et changements aient un effet à l'égard des tiers. Insistons maintenant sur quelques points de l'art. 1396 (2).

234. Il exige la présence et le consentement si-

---

(1) Charondas, *Réponses*, 2, 34.
(2) *Infrà*, n° 246.

multané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage.

Remarquez ces deux conditions : présence et consentement simultané.

De là il suit que, puisque les parents doivent être présents, il ne suffit pas de les appeler, sauf à passer outre s'ils ne se présentent pas ; il faut qu'ils viennent ou qu'ils se fassent représenter (1). S'ils refusent, le changement au contrat de mariage devient impossible. Il est étonnant que M. Toullier n'ait pas vu dans notre article une rédaction assez précise pour suivre ce sentiment (2).

235. Il ne suffit pas que les parents viennent à l'acte ; il faut encore qu'ils consentent simultanément et par un concert unanime au changement proposé, sans quoi le contrat de mariage reste acquis à la première rédaction. Ce n'est pas un de ces cas où la majorité fait la loi à la minorité. L'ensemble et l'unanimité sont une condition essentielle de notre article (3). La raison en est que tout est corrélatif dans un contrat de mariage. On ne peut toucher une pierre à cet édifice sans que tout le reste ne s'en ressente. Si le consentement a été donné aux époux mineurs, c'est parce que telle donation avait été faite en contemplation et pour l'avantage du futur

---

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 142.
(2) Tome 12, n° 50.
(3) M. Odier, t. 2, n° 656.

mariage. Si tel parent a fait un don à l'un des époux, c'est parce qu'un autre parent en avait fait un autre à l'autre époux. La matière du contrat de mariage est indivisible (1). Toutes les personnes qui y ont été parties, doivent concourir aux changements.

236. Nous ne voyons qu'une seule exception à cette règle : c'est dans le cas où la partie récalcitrante aurait fait une libéralité dans laquelle elle puiserait son droit de résistance, et où toutes les autres personnes intéressées au contrat consentiraient à renoncer à cette libéralité ; alors on pourrait se passer de son concours. Mais alors ce serait plutôt un nouveau contrat de mariage qu'une modification du précédent contrat (2).

237. Mais quelles sont ces personnes qui sont censées être parties au contrat de mariage, et dont le consentement est indispensable pour valider le changement?

Pour tout dire en un mot, ce sont ceux qui ont signé le contrat de mariage par nécessité (3) : par exemple, ceux qui ont dû être présents pour habiliter par leur consentement les époux mineurs (4) ;

---

(1) M. Berlier (Fenet, t. 13, p. 547).
(2) MM. Duranton, t. 14, n° 66.
Zachariæ, t. 3, p. 399.
Rodière et Pont, t. 1, n° 143.
(3) Delaurière sur Loisel, 1, 2, 4.
(4) Art. 1398.

tous ceux qui, parents ou non, ont fait des dons aux époux, ou promis des avantages (1).

238. Que si ceux qui se marient sont majeurs, jouissant de leurs droits ; s'ils se constituent à eux-mêmes leur dot, sans mélange de libéralité de la part de leurs proches ou autres, il ne faut pas considérer comme parties les parents qui ont été appelés au contrat de mariage *honoris causâ* (2), et qui le signent par pure bienséance et politesse. Ceux-là n'ont pas besoin d'être consultés pour apporter des changements à un contrat qui ne les concerne ni directement ni indirectement. On ne doit pas étendre jusqu'à eux la prescription de l'art. 1396.

Dans l'ancienne jurisprudence, on ne restreignait pas autant que l'a fait le Code civil, le cercle des personnes dont la présence était nécessaire aux contre-lettres. Delaurière avait voulu le réduire aux personnes dont la présence avait été requise à cause de leur autorité ou de leurs libéralités (3); mais cette opinion n'était pas dominante. Pothier reprenait Delaurière de l'avoir enseignée. Il soutenait que les parents, même non donateurs, même dépourvus

---

(1) Delaurière, *loc. cit.*
M. Odier, *loc. cit.*
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 141.
(2) Delaurière, *loc. cit.*
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 141.
(3) Sur Loisel, *loc. cit.*
Et sur Paris, art. 258.

d'autorité, qui avaient été appelés au contrat pour le rendre plus solennel, devaient nécessairement être appelés aux changements, afin d'enlever à ces changements tout caractère de clandestinité (1). Le Code civil est beaucoup plus sage en faisant prévaloir l'autorité de Delaurière sur celle de Pothier, écho de pratiques surannées.

259. On ne doit pas considérer comme parties, les ascendants des époux majeurs qui, appelés au contrat par révérence, n'y font aucune libéralité.

Toutefois, M. Odier (2) et MM. Rodière et Pont (3), d'accord avec M. Duranton (4), veulent que les père et mère de l'époux majeur, dont le consentement est tellement nécessaire qu'on ne peut s'en passer qu'après avoir fait signifier un acte respectueux, soient considérés comme parties dans le sens de l'art. 1396. Il serait possible, disent ces auteurs, que l'ascendant eût refusé son consentement s'il eût eu connaissance du changement, et que ses conseils eussent détourné son descendant de l'union projetée.

Cette opinion n'est pas admissible (5). Si le consentement des père et mère est nécessaire pour le mariage, il n'est pas nécessaire pour le contrat ; ils

(1) *Communauté*, introd., n° 16.

(2) Tome 2, n° 660.

(3) N° 141.

(4) Tome 14, n° 37.

(5) M. Toullier, t. 12, n° 51.

n'y sont pas appelés par nécessité, comme dit Delaurière (1). Dès lors, les père et mère qui ne donnent rien, qui n'ajoutent rien à la pleine capacité des époux, ne sont pas parties au contrat de mariage. Leur présence n'y est requise que par bienséance et marque de respect.

Il est vrai que, dans l'ancienne jurisprudence, Delaurière, plus rapproché du Code civil qu'aucun autre jurisconsulte, pensait que les ascendants étaient parties nécessaires au contrat de mariage à cause de leur autorité sur ceux qui se marient (2) ; et, de la nécessité de leur présence, il concluait à la nécessité de leur concours pour les changements. Ce sentiment est certainement dicté par les motifs les plus plausibles ; car il est empreint de ce vieux respect pour les aïeux qui régnait avec tant de force dans la famille. Cependant il trouve beaucoup moins d'appui qu'autrefois dans l'organisation moderne de la puissance paternelle : nul ne saurait soutenir aujourd'hui que, lorsque les époux sont majeurs, le concours des ascendants soit nécessaire dans le contrat de mariage, ainsi qu'il l'était autrefois. Si donc il n'est requis qu'à titre de respect, il ne doit pas gêner les changements apportés à des conventions qui émanent d'une volonté dans laquelle ils n'ont pas été parties nécessaires.

---

(1) *Loc. cit.*
(2) Sur Paris, *loc. cit.*

240. Tels sont les principes tutélaires par lesquels le législateur a voulu prémunir les époux contre des changements téméraires.

Mais ces sages précautions sont-elles également requises, non-seulement pour les changements qui apportent une perturbation expresse dans le régime adopté, mais pour les additions qui, en laissant subsister le régime établi, peuvent s'y rattacher sous forme d'appendice, de complément, d'extension?

Dans l'ancien droit, la jurisprudence avait varié sur cette question. Du temps de Louet et de Brodeau, on décidait qu'il n'y avait de défendu que les contre-lettres allant contre la substance et la teneur du contrat de mariage, détruisant ses clauses, et y dérogeant (1). Quant aux actes qui ne font qu'ajouter quelque chose au contrat, ou bien qui l'exécutent, ou qui expliquent ce qui est douteux ou obscur, sans en changer les dispositions ni la substance, ces pactes étaient tenus pour valables (2). Mais à l'époque à laquelle Pothier écrivait, de nouveaux arrêts avaient repoussé cette distinction (3). Si, par exemple, deux époux, après avoir fait un contrat de mariage en présence de leurs parents, parties nécessaires à l'acte, se faisaient une donation hors la présence de ces mêmes parents, cette donation était censée n'être

---

(1) Louet, lettre C, somm. 28.
Junge Ferrières sur Paris, art. 258, p. 874, n° 25.

(2) *Id.*

(3) *Communauté*, n[os] 13 et 14 de l'introduction.

qu'une contre-lettre ; on la déclarait nulle à cause de l'affectation mise par les époux à la cacher à leurs familles. Il y en a un arrêt du 19 février 1716.

241. M. Toullier, dont le jugement s'est si souvent égaré dans le dernier ouvrage de sa vieillesse, a essayé de rajeunir la distinction de Louet et de Brodeau. Il veut absolument, contre M. Delvincourt, qu'une telle donation soit respectée à moins que la fraude ne s'y soit mêlée (1). Mais comment ne voit-il pas que c'est là un changement au contrat de mariage, et que tout changement quelconque, soit par modification, abrogation, addition, est proscrit par notre article de la manière la plus générale et sans aucune distinction (2)? Quoi! les époux ne se seront fait aucune libéralité le jour de la solennité du contrat, et ils pourront profiter d'un moment où ils seront livrés à eux-mêmes, pour s'avantager clandestinement! Mais moi, donateur, qui ai fait un avantage à la future dans le contrat de mariage, est-ce que j'aurais consenti à cette libéralité, si j'avais su que le fruit de ma donation irait se perdre dans une famille étrangère? Et qu'importe que cette donation cachée

---

(1) Tome 12, nos 58 et suiv.

(2) *Junge* MM. Duranton, t. 14, n° 59.
Dalloz, *Contrat de mariage, disposit. gén.*, n° 13.
Zachariæ, t. 3, p. 398, note 13.
Odier, t. 2, nos 662, 663 et 664.
Rodière et Pont, t. 1, n° 139.

faite par les époux, soit qualifiée du nom d'addition, s'il est vrai que cette addition influe sur le contrat, en modifie l'ensemble, en altère la physionomie ?

On doit donc tenir pour certain que toute donation faite par un époux entre le contrat de mariage et le mariage, toute vente faite par l'un des époux à l'autre dans les mêmes circonstances, est une contre-lettre, et que rien de tout cela ne saurait subsister qu'à la condition d'observer les formalités de l'art. 1396.

242. C'est ce qu'a très-bien jugé la Cour de cassation par un arrêt dont on va voir l'espèce.

Une femme se marie sous le régime de l'exclusion de communauté et d'une société d'acquêts; elle se constitue entre autres apports une maison. L'acte est passé le 21 mai 1830 ; le mariage est célébré le 27. L'épouse meurt bientôt après.

Alors l'époux se prévaut d'un acte sous seing privé, non enregistré, mais portant la date apparente du 25 mai, et par lequel l'épouse avait vendu à son mari la maison en question, avec réserve d'usufruit. Ainsi cet acte de vente avait été passé entre le contrat de mariage du 21 et la célébration du 27. Il n'était pas dans la forme authentique.

L'héritier de l'épouse en demande la nullité. La Cour royale de Bordeaux la lui refuse (1). Voici ses raisons :

D'une part, la vente, ayant précédé le mariage, ne

---

(1) 30 janvier 1834 (Devill., 34, 2, 281).

peut être considérée comme vente entre époux ; elle ne tombe pas sous le coup de l'art. 1595 du Code civil. L'héritier de l'épouse doit respecter cette date ; il ne peut la dénier puisqu'elle même ne pourrait la critiquer. Vainement donc prétend-il que l'enregistrement reporte l'acte au temps du mariage, et que c'est le cas d'appliquer l'art. 1595. C'est la date apparente qui fait loi d'après l'art. 1322 du Code civil.

D'autre part, cette vente ne change rien au contrat de mariage ; elle n'y déroge pas. Le contrat de mariage constate simplement un fait : c'est que l'épouse s'est constitué la maison. Mais en quoi l'économie du régime matrimonial se trouve-t-elle altérée par la vente ? Les fruits tombent toujours dans la société d'acquêts.

Malgré cette spécieuse argumentation, cet arrêt a été cassé le 31 janvier 1837 (1).

L'art. 1595 réserve le droit des héritiers pour prouver un avantage indirect : ils ont donc un droit distinct de leur auteur, et dès lors, l'art. 1322 ne leur est pas applicable. Ils sont tiers (2). Ils sont fondés à exiger une date certaine. Or, ici la date certaine prouve que la vente a eu lieu pendant le mariage.

Ce n'est pas tout.

En supposant que l'acte sous seing privé doive être

---

(1) Devill., 37, 1, 534.

(2) Arg. d'un autre arrêt du 15 juillet 1824 (Sirey, 25, 1, 46).

laissé à sa date apparente, il est un changement au contrat de mariage ; il diminue l'apport de la femme, il retire la maison de cet apport. Ce ne sont plus les apports de la femme ; ce sont les apports du mari. Il y a renversement dans les situations. Tout cela devait être fait dans la forme solennelle, et l'arrêt de la Cour de Bordeaux a violé l'art. 1396 (1).

243. Ce que la Cour de cassation a décidé ici par application du premier paragraphe de l'art. 1396, il faudrait aussi le décider par application du § 2 de ce même article si les circonstances de ce paragraphe se rencontraient. Lors même que la vente eût été authentique, si le contrat de mariage avait été célébré avec des parents, signataires nécessaires de ce contrat, la vente n'aurait été valable qu'autant qu'elle aurait été sanctionnée par le consentement simultané de ces mêmes parents. Cette vente était un changement. L'art. 1396 dictait la forme spéciale à laquelle elle était assujettie.

244. Par des raisons identiques, nous disons que lorsque l'un des époux s'est constitué des immeubles propres par son contrat de mariage, si, avant le mariage, il les vend pour les ameublir sans l'assistance des parents qui ont signé nécessairement le contrat de mariage, il y a là un changement qui ap-

---

(1) *Junge* Agen, 17 août 1837, qui a statué sur le renvoi en ce sens (Devill., 38, 2, 122).

proche de la donation, qui modifie le contrat de mariage, et qui laisse à l'époux vendeur ou à ses héritiers une action en reprise à la dissolution de la communauté (1).

245. Tels sont les principes. Mais ils ne signifient pas que, si un tiers, étranger au contrat de mariage, vient ensuite faire à l'un des époux une donation, cette donation ne sera valable qu'autant que les personnes, parties au contrat de mariage, y auront accédé. Cette libéralité ne change rien au contrat de mariage; elle le fortifie, au contraire, et vient d'ajouter un élément de progrès à tous ceux que la sollicitude des deux familles avait combinés (2). Il y aura donc là une donation valable; non pas, à la vérité, une donation par contrat de mariage (3), mais une donation ordinaire, qui aura sa valeur et sa force si elle est conforme au droit commun.

Ainsi, de la part des tiers étrangers, la distinction de Louet et de Brodeau peut conserver encore aujourd'hui quelque valeur. Pour le reste, elle serait

---

(1) *Infrà*, nos 564 et 572, je cite Pothier et les auteurs pour et contre.

(2) Arg. de deux arrêts de la Cour de cassation des 18 août 1812 (Devill., 4, 1, 79), et 19 janvier 1836 (Devill., 36, 1, 518).

MM. Zachariæ, t. 3, p. 397.

Rodière et Pont, t. 1, no 137.

(3) Art. 1081 et suiv.

dangereuse. Contraire aux précédents, elle fausserait la pensée de l'art. 1396.

ARTICLE 1397.

Tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers, s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage; et le notaire ne pourra, à peine de dommages et intérêts des parties, et sous plus grande peine s'il y a lieu, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre.

SOMMAIRE.

246. L'article 1397 s'occupe des tiers. Il pourvoit à leur intérêt en prescrivant des formalités de nature à porter à la connaissance du public les changements faits au contrat de mariage avant le mariage.

247. Utilité de ces formalités. Nécessité que les contre-lettres, changements, additions fassent corps avec le contrat de mariage primitif.

248. Suite. Responsabilité du notaire dans un cas important.

249. Suite.

250. Espèce remarquable dans laquelle on trouve la preuve caractérisée de l'utilité de l'article 1397; danger de s'en écarter.

Exposé de l'espèce.

COMMENTAIRE.

246. Voici maintenant les tiers ; ils ne devaient pas être oubliés dans le chapitre des contre-lettres (1). Changer le pacte matrimonial, qui est la base du crédit des époux, c'est faire un acte dont le public doit nécessairement être averti. La clandestinité doit donc aussi être proscrite dans l'intérêt des tiers, et il n'y a de changements admissibles à leur égard, que ceux qui ont reçu la même forme et la

(1) *Suprà*, n° 233.

même publicité que le contrat de mariage : de là les dispositions de notre article. Il faut que les contre-lettres soient rédigées à la suite de la minute du contrat de mariage ; il faut de plus que ces contre-lettres soient toujours transcrites à la suite des grosses et expéditions du contrat de mariage que le notaire est appelé à délivrer.

247. Qu'arriverait-il en effet si la contre-lettre ne faisait pas corps avec le contrat de mariage? Bien que rédigée dans la forme authentique, elle pourrait être oubliée et séparée du contrat ; et les tiers intéressés à consulter le contrat de mariage, seraient exposés à ne connaître qu'une partie trompeuse des faits. Les tiers ne sont donc pas liés par les changements qui ne sont pas placés à la suite du contrat lui-même : on tient ces changements pour clandestins à leur égard. Sans doute, ils ne sont pas destitués de valeur entre les parties contractantes, pourvu toutefois qu'ils soient rédigés en la forme authentique ; mais en ce qui concerne les tiers, ils sont sans autorité.

248. Si la contre-lettre a été transcrite à la suite du contrat de mariage, tout n'est pas encore dit pour cela ; car supposez que le notaire délivre une expédition du contrat sans délivrer en même temps une expédition de la contre-lettre, les tiers qui, en voyant cette expédition, se sont crus dispensés de recourir à la minute, ignorent l'existence de la contre-lettre, tout aussi bien que si elle n'avait pas

été transcrite sur la minute. Il y a donc là un nouveau péril ; il fallait y remédier (1).

Ici, la loi ne déclare plus que la contre-lettre sera sans effet à l'égard des tiers; elle se borne à rendre le notaire responsable du préjudice : elle a pensé que puisque les parties avaient fait écrire leurs changements à la suite du contrat, elles n'avaient aucun reproche à se faire ; qu'il n'y avait, dans les lacunes de l'expédition, qu'une faute du notaire, et par conséquent, qu'un cas de responsabilité de sa part (2). C'est à tort que M. Toullier a soutenu que, même en ce cas, la contre-lettre est nulle au regard des tiers (3). Son opinion n'a du reste trouvé aucun écho dans la jurisprudence; elle est généralement abandonnée.

249. Cette responsabilité du notaire ne se traduit pas seulement en dommages et intérêts ; elle peut engendrer des peines disciplinaires. Autrefois, le notaire qui délivrait l'un des deux actes séparément, pouvait être poursuivi pour faux (4). La rigueur de la loi moderne irait encore jusque-là si le notaire avait agi par fraude.

---

(1) Ferrières sur Paris, art. 258, n° 8.
(2) MM. Delvincourt, t. 3, p. 283.
Duranton, t. 14, n° 69.
Odier, t. 2, n° 668.
Rodière et Pont, t. 1, n° 146.
(3) Tome 12, n° 68.
(4) Ferrières, *loc. cit.*

250. Tels sont les principes d'ordre public qui ont été consacrés par la loi pour faire régner dans le contrat de mariage la bonne foi, le crédit. Ces principes sont souverains : ils sont la base du contrat de mariage ; ils prévalent sur toutes les considérations d'un autre ordre, quelque graves qu'elles soient. En voici une preuve éclatante ; je la cite avec détail parce qu'elle montre, au milieu d'un conflit intéressant de principes opposés, et les fraudes qui sont de nature à souiller le contrat de mariage, et l'utilité pratique de l'art. 1397, et le danger de s'en écarter. Rapporteur de l'affaire à la chambre des requêtes, voici ce que je disais à l'audience du 5 juin 1845. On sera peut-être bien aise de trouver ici ce supplément aux notices données par les recueils de jurisprudence : le débat sera mieux précisé, mieux connu, et le lecteur studieux aura sous les yeux, l'état complet du litige.

Je disais donc :

« La question de ce procès est importante. Il s'agit de savoir si les stipulations d'un contrat de mariage peuvent être annulées au préjudice des tiers de bonne foi, sous prétexte que la mère donatrice, en constituant à sa fille une dot plus forte en apparence que ce qu'elle a eu l'intention de lui donner, a porté atteinte, par ce détour, à l'inaliénabilité de sa propre dot. La Cour de Paris a jugé l'affirmative par l'arrêt dénoncé. Ainsi se trouvent en présence deux principes, tous deux d'ordre public : d'une part, le principe de l'inaliénabilité de la dot ; de l'autre, l'immutabilité des contrats de

mariage, surtout à l'égard des tiers qui ont contracté avec les époux (1).

» Voici les faits, tels qu'ils résultent de l'arrêt:

» Les époux de Clinchamps s'étaient mariés sous le régime dotal (12 janvier 1818). Clinchamps, livré à des spéculations hasardeuses, fit de mauvaises affaires. Débiteur de sommes considérables, manquant de crédit, ne pouvant toucher aux immeubles de sa femme, que protégeait la dotalité, voici l'expédient qu'il imagina, d'accord avec son épouse. La demoiselle de Clinchamps, fille des époux de Clinchamps, était au moment de se marier à un sieur Devaulx de Chambord; on était d'accord de lui constituer une dot de 100,000 francs, à prendre sur une terre appelée la terre d'Amigné, faisant partie de la dot de la dame de Clinchamps, et valant une somme beaucoup plus considérable. Mais si le contrat de mariage eût été fait et rédigé dans des termes sincères, le surplus des 100,000 francs serait resté dotal, et par conséquent inaliénable dans les mains de la dame de Clinchamps, mère de la future; ce n'était pas ce que voulait son mari, dans le besoin d'argent qui le pressait. Pour éluder cet obstacle de l'inaliénabilité, les époux de Clinchamps, d'accord avec leur fille et leur gendre, conçurent l'idée de donner en apparence à la dame Devaulx de Chambord la totalité de la terre d'Amigné, de l'ameublir, jusqu'à concurrence de 250,000 francs, entre les mains des futurs époux, mariés en communauté, et

(1) *Infrà*, n° 3360.

par là de donner à Clinchamps la facilité d'emprunter, sous le nom de son gendre, les sommes nécessaires au payement de ses propres dettes. C'est, en conséquence, ce qui fut fait. Le contrat de mariage assura à la future épouse la totalité de la terre d'Amigné, avec clause d'ameublissement jusqu'à concurrence de 250,000 francs. Cette clause d'ameublissement est expliquée, dans le contrat, avoir pour but de mettre la future épouse à même de seconder son mari dans le soutien d'une fabrique de sucre indigène établie à Amigné, et que les futurs entendent continuer. Puis, par des pactes secrets, il fut convenu entre les membres de la famille qu'en réalité la dot n'était que de 100,000 francs, et que le surplus serait employé à payer les dettes de Clinchamps. Les père et mère furent présents et stipulants à cet acte, que le pourvoi appelle, non sans raison, un *guet-apens* pour les tiers, et qui est une nouvelle preuve des moyens détournés et des simulations auxquels conduit si souvent la rigueur du régime dotal. Nous remarquerons que, dès avant ce contrat de mariage, la dame de Clinchamps qui était censée donner à sa fille sa terre d'Amigné, était séparée de biens d'avec son mari.

» Devaulx de Chambord et sa femme, propriétaires apparents de la terre d'Amigné, contractèrent des dettes et hypothéquèrent à leurs créanciers cet immeuble. Ceux-ci n'eurent aucun soupçon ; ils devaient ajouter foi à la sincérité et à la stabilité d'un contrat de mariage qui faisait tomber en communauté la terre d'Amigné, et laissait aux époux De-

vaulx de Chambord toute latitude pour emprunter et hypothéquer. Le banquier Darcier, demandeur en cassation, était au nombre de ces prêteurs (pour 100,000 francs). Les époux Devaulx de Chambord firent à leur tour de mauvaises affaires. Darcier expropria sur eux la terre d'Amigné.

» Pendant que la procédure se poursuivait et subissait différentes phases, inutiles à expliquer ici, la dame de Clinchamps, revenant sur ses propres actes, prétendit que la donation contenue dans le contrat de mariage de sa fille n'était qu'apparente; qu'en réalité les époux de Clinchamps n'avaient entendu constituer à la dame Devaulx qu'une somme de 100,000 francs; que la donation de la totalité de la terre d'Amigné n'avait eu pour but que d'opérer la *dédotalisation* de cet immeuble, et de le faire servir à payer les dettes de de Clinchamps son mari; que ladite dame de Clinchamps, en se soumettant à une telle combinaison, n'avait fait « que céder à la » contrainte morale exercée sur elle par son mari et » par les circonstances où elle se trouvait placée ». (Je copie les qualités.) En conséquence, par exploit du 5 août 1841, elle demande la nullité de ladite donation, en ce qu'elle excède les 100,000 francs réellement constitués en dot à sa fille.

» Par des conclusions retenues aux qualités, la dame de Clinchamps articule que la donation en question est nulle, simulée, *produite par la violence et les manœuvres frauduleuses;* elle offre même de prouver qu'en 1839, époque du mariage de la dame Devaulx, les époux de Clinchamps étaient dans la

plus affreuse détresse; que depuis quelque temps, il avait été question de profiter du mariage de Mme de Chambord pour faire payer les dettes de de Clinchamps à l'aide des biens dotaux de sa femme; que c'est cette pensée qui présida au contrat de mariage du 24 octobre 1837; que la *condition secrète* mise à la donation de la terre d'Amigné *fut arrêtée et devint l'objet d'un écrit particulier* (d'une contre-lettre, par conséquent); qu'on colporta le *pacte de famille* (c'est le mot des conclusions) pour trouver des prêteurs; que M. de Chambord fut l'instrument de ces démarches; qu'à l'aide de ces moyens, les dettes de de Clinchamps furent payées, etc., etc.

» Jugement du tribunal de la Seine, qui décide que la dame de Clinchamps a usé du droit écrit dans l'article 1556 du Code civil d'aliéner sa dot pour le mariage de sa fille; que les tiers ont dû croire cette aliénation sincère; que les contre-lettres n'ont pas de valeur contre eux, surtout d'après l'article 1597 du Code civil, relatif aux contrats de mariage; qu'il n'existe pas, du reste, de fraude ni de violence.

» Appel, et arrêt de la Cour de Paris qui infirme (1).

» Pourvoi. Violation des articles 1556, 1321, 1596 et 1597 du Code civil. Le pourvoi se demande s'il est permis aux époux mariés sous le régime dotal de tendre aux tiers des piéges où ils doivent *inévitablement* tomber, et si la loi a voulu remettre en leurs mains un *moyen infaillible* de tromper la foi publique.

---

(1) V. Devill., 47, 1, 293.

» Le Code, d'accord avec la raison, a autorisé la mère à donner sa dot, même en totalité, pour l'établissement de ses enfants. Elle fait fléchir, pour cette cause sacrée, les défenses d'aliéner qui protégent la dot. Les tiers, qui voient une pareille donation écrite dans un contrat de mariage, doivent nécessairement y croire; ils ne peuvent supposer une odieuse simulation; ils placent et doivent placer dans ce contrat, le plus solennel de tous, une entière confiance.

» Que peuvent contre eux les contre-lettres? En général, l'article 1321 les déclare sans effet à l'égard des tiers; mais elles sont plus spécialement proscrites encore dans les contrats de mariage. Les articles 1396 et 1397 du Code civil ont pris un soin particulier pour mettre les tiers à l'abri des contre-lettres et des pactes particuliers. L'effet de ces articles combinés est de faire que les stipulations des contrats de mariage sont acquises aux tiers, et que rien ne peut en modifier, à leur égard, l'expression. L'apport de l'épouse, quoi qu'on dise, quoi qu'on prouve, ne saurait jamais être autre (toujours à l'égard des tiers) que ce qui a été déclaré dans le contrat. Le chiffre écrit dans le contrat est pour eux le seul vrai; tout ce qu'auraient pu faire des conventions clandestines pour l'amoindrir, est inefficace.

» Les tiers qui ont prêté aux époux Devaulx de Chambord sont donc fondés à soutenir que la totalité de la terre d'Amigné, donnée à la dame de Chambord par sa mère, est leur gage. Le leur enlever, sous prétexte de pactes occultes, c'est violer la foi publique.

« La Cour d'appel se fonde sur ce qu'il est constaté, en fait, que les parties qui ont concouru au contrat de mariage, ont voulu faire fraude au régime dotal, et que cette fraude n'est pas plus permise par un contrat de mariage que par tout autre acte. Mais les tiers, qui n'ont pas été complices de cette fraude, qui ont eu juste sujet de croire que la mère usait de son droit, ne peuvent être responsables de ce concert. Quelles que soient les preuves du procès, elles ne sont pas opposables aux tiers, qui ne connaissent que le contrat de mariage.

« Qu'est-ce que ce contrat de mariage, tel que la dame de Clinchamps elle-même l'a dépeint, tel que la Cour l'a caractérisé? c'est un odieux guet-apens. Or, la chambre civile vient de décider que la femme dotée est responsable sur ses biens dotaux des obligations qui naissent de ses méfaits (arrêt du 5 mars 1845) (1). La dame de Clinchamps, qui a été de moitié avec les autres contractants dans ce concert coupable, serait donc dans le cas d'être recherchée, même sur ses biens dotaux, par les tiers qu'elle a si audacieusement trompés. Et dès lors, qu'importe que les tiers obtiennent ce qu'ils veulent par une action en indemnité, ou par le droit qu'ils puisent dans le contrat de mariage. Dans un cas comme dans l'autre, il faut que la dot de la dame de Clinchamps répare le tort qu'elle leur a fait. »

251. Après avoir ainsi exposé les moyens du pourvoi,

---

(1). *Infrà*, n° 3319.

voici les observations que je soumettais à la Cour :

« Cette affaire vous paraîtra digne de toute votre attention. Comme nous le disions en commençant, deux grands principes sont ici en lutte, et il faut que l'un des deux cède quelque chose à l'autre. Lequel doit transiger? ou le principe de fixité, d'immutabilité, d'autorité inviolable du contrat de mariage ; ou le principe d'inaliénabilité de la dot? Le tribunal de première instance et le pourvoi de Darcier se prononcent pour le premier principe; la Cour d'appel s'est attachée au second.

252. » Vous vous rappelez que dans ses conclusions la dame de Clinchamps articulait qu'elle n'avait fait que céder à des *violences* ou à des *manœuvres frauduleuses*. Si la Cour de Paris avait déclaré en fait, que *la violence* ou *les manœuvres frauduleuses* avaient surpris son consentement, il n'y aurait pas de doute sur la solution ; elle devrait être toute favorable à la dame de Clinchamps. Point de consentement, point de contrat. Mais la Cour n'a pas déclaré que la dame de Clinchamps s'était trouvée placée sous l'empire de la contrainte ou de la surprise. Il ne résulte nullement que la dame de Clinchamps ait agi sans discernement. Tout ce qui est certain, c'est que les parties qui ont concouru au contrat de mariage du 24 octobre 1837 (et la dame de Clinchamps était du nombre) ont sciemment et volontairement fait fraude à la loi. Nous verrons tout à l'heure les conséquences de ceci.

253. » Si, d'un autre côté, la Cour de Paris avait décidé, en fait, que les tiers qui ont traité avec les époux Devaulx de Chambord, à la suite de ce contrat de mariage, avaient connu cette fraude faite à la loi, si leur complicité avait été déclarée, la solution ne serait pas plus douteuse que dans l'hypothèse précédente. Les tiers, en échouant dans leur action, ne devraient imputer qu'à leur mauvaise foi un échec mérité. Mais la Cour n'impute aux tiers rien de semblable ; elle les répute de bonne foi ; et en effet, ils paraissent avoir été dans l'ignorance de tout ce qui s'est passé.

254. » La Cour de Paris s'est donc placée sur un autre terrain : elle n'oppose aux tiers ni leur propre délit, ni le défaut de consentement de la dame de Clinchamps ; elle les repousse par le principe de l'inaliénabilité de la dot, éludé par le contrat de mariage du 24 octobre 1837, et auquel force doit rester, en définitive, malgré tout ce qui a suivi. Ainsi restreinte, la question est toute de droit, et se montre dans toute son importance.

» Dans la plupart des affaires, où la femme demande à être restituée contre l'aliénation de son bien dotal, les tiers ont des reproches à se faire ; ils ont connu le contrat de mariage qui plaçait la femme sous le régime dotal ; ils ont su que sa dot était indisponible ; ils ne doivent s'en prendre qu'à eux-mêmes si, dans leurs conventions, ils se sont abandonnés à la foi des époux, plus soigneux de leurs intérêts que de l'observation de leurs promesses.

» Ici, il en est autrement. On a fait paraître aux yeux des tiers un acte de donation autorisé par la loi ; on s'est placé dans un cas où l'aliénation de la dot est permise et favorable, et les tiers, en traitant avec la fille donataire, dont cette donation procurait l'établissement, n'ont pas eu moyen de soupçonner la fraude impénétrable qui se cachait derrière un acte revêtu des caractères les plus authentiques de légitimité.

» Si donc vous vouliez comparer les positions respectives, celle de la femme qui se prétend privée de sa dot, celle des créanciers frustrés dans leurs droits, vous trouveriez que ces derniers n'ont pu se garantir par aucun moyen humain, tandis que la première pouvait et devait veiller à sa sûreté en se tenant en dehors d'une d'une combinaison qui mérite le nom de *machination*, et où elle figure comme complice.

255. » Le contrat de mariage du 24 octobre 1837 est un véritable *pacte de famille*. C'est le titre que lui donne la dame de Clinchamps dans des conclusions déposées en première instance et en appel ; c'est celui qui lui convient.

» Or, qu'y a-t-il de plus sacré qu'un pacte de famille? et c'est parce que les contrats de mariage portent au plus haut degré ce caractère, que la loi leur attribue une autorité bien plus puissante qu'aux autres contrats (art. 1394, 1395, 1396, 1398, C. civ.). C'est le contrat de mariage qui fixe les rapports d'intérêts et la situation pécuniaire des conjoints, qui détermine la mesure du crédit que les tiers pourront

leur accorder. C'est une charte de famille, et cette charte doit être *surtout une vérité*.

» Aussi la loi répute-t-elle frauduleuses (1) les contre-lettres qui dérogent aux dispositions du contrat de mariage. Tout article secret est nul et sans effet : tel est notre droit, depuis nos plus anciennes coutumes (Paris, art. 258 ; Orléans, 223, etc.) jusqu'au Code civil. On suppose que les auteurs d'un contrat de mariage, qui tiennent occultes quelques dispositions dérogatoires, obéissent ou à la passion et à des sentiments désordonnés, ou à des idées de fraude. La loi n'en tient pas compte ; elle ne connaît que ce qui est écrit dans ce contrat solennel, où tout a dû être pesé et réfléchi dans la vue des parties et des tiers.

256. » Qu'a allégué cependant la dame de Clinchamps pour s'écarter des clauses exprimées dans le contrat de mariage de sa fille ? Elle l'a dit dans ses conclusions, dont nous vous donnions tout à l'heure l'analyse ; elle a dit qu'il y avait une *condition secrète* mise à la donation ; elle a dit que cette condition secrète avait été arrêtée dans un *écrit particulier* ou dans une contre-lettre.

» Et qu'a fait la Cour de Paris ? elle a opposé aux tiers cette condition secrète. D'où a-t-elle tiré la preuve de cette condition secrète ? des dires des parties qui ont figuré au contrat et de leur cor-

---

(1) Charondas, liv. 2, rép. 34.

respondance, c'est-à-dire d'éléments équivalents à contre-lettre, entachés du même vice et frappés de la même impuissance.

» Cette décision ne s'écarte-t-elle pas du vœu formellement exprimé par l'article 1397 du Code civil, qui déclare les contre-lettres *sans effet à l'égard des tiers?* N'est-ce pas, au contraire, donner effet à des actes clandestins, suspects, nuls à l'égard des tiers?

257. » La Cour de Paris a cru échapper à l'article 1397 du Code civil en disant que le contrat de mariage du 24 septembre 1837 était simulé et contenait une fraude au régime dotal : fraude qui ne devait pas produire ses conséquences au préjudice d'un principe d'ordre public, et s'abriter derrière un contrat de mariage, quelque respectable que soit ce contrat. Mais la Cour ne tourne-t-elle pas dans un cercle vicieux? Car, pour dire qu'il y a simulation, elle est obligée de prendre en considération des dires, des écrits, des présomptions dont la loi ne permet pas de faire acception quand il s'agit des tiers. Si elle s'en tenait au contrat de mariage tel qu'il a été fait pour le public, elle n'y trouverait rien qui ne soit légitime ; mais, oubliant que c'est ce contrat même qui est acquis au public, et que la loi indique aux tiers comme leur guide et leur garantie, elle lui substitue des conventions secrètes qui, de plein droit, sont réputées frauduleuses. La difficulté se réduit donc à ceci : N'est-il pas vrai que c'est dans le contrat de mariage que la loi voit les seuls pactes *réputés vrais* à l'égard des tiers? N'est-il

pas vrai qu'elle répute frauduleux, sans effet et sans valeur tout ce qui est en dehors du contrat de mariage? Et dès lors, comment la Cour d'appel a-t-elle pu voir *la vérité* dans les actes que la loi condamne, et *la simulation* dans les actes que la loi tient pour vrais?

258. » La Cour a sans doute bien fait de se préoccuper vivement de l'art. 1554 du Code civil et de la conservation de la dot ; mais a-t-elle bien réfléchi que pour arriver à la preuve de la violation de l'art. 1554, il fallait passer par-dessus l'art. 1397, qui n'est pas moins respectable, et ne tient pas moins à l'ordre public? A-t-elle songé que la fraude faite à l'art. 1554, ne pouvait être prouvée que par une fraude faite à l'art. 1397? et si la fraude faite à l'art. 1554 est si répréhensible, pourquoi pas aussi la fraude faite à l'art. 1397, dont la Cour ne s'occupe en aucune façon ?

259. » Mais, dit la Cour d'appel, est-ce que les contrats de mariage sont à ce point privilégiés, qu'une stipulation qui serait nulle si elle était insérée dans un contrat ordinaire, deviendra valable *par cela seul qu'elle sera insérée dans un contrat de mariage?* pas le moins du monde ; mais la Cour n'oublie qu'une chose : c'est que la condition secrète apposée à la donation de la terre d'Amigné, *n'a pas été insérée dans le contrat de mariage;* c'est que, n'y ayant pas été insérée, la loi la tient pour fausse, pour frauduleuse et pour nulle à l'égard des tiers.

Certes, si elle y eût été insérée, s'il y eût été dit que la dame de Clinchamps donnait toute la terre d'Amigné à sa fille, à la condition qu'elle payerait les dettes de son père, il n'y a pas de tribunal au monde qui eût voulu ratifier cette clause, contenant évidemment un moyen détourné de soustraire la dot à l'inaliénabilité. Mais, encore une fois, cette stipulation n'est dans le contrat *ni directement, ni indirectement.*

260. » Maintenant, si, sous le rapport du droit, l'arrêt de la Cour de Paris est susceptible de sérieuses objections, il reste à examiner si, sous le rapport du fait, il ne pourrait pas échapper à la cassation. Deux observations doivent vous être soumises à cet égard : 1° dans un considérant l'arrêt semble considérer le contrat comme entaché *de fraude*. Est-ce la fraude qui vicie le consentement ? est-ce plutôt la fraude faite *sciemment* à la loi ? Vous verrez si l'ensemble de l'arrêt ne prouve pas qu'il n'a entendu parler que d'une *fraude à la loi*, d'une simple simulation ; fraude dont nous avons dit tout à l'heure que la preuve pouvait difficilement être opposée aux tiers. — 2° L'arrêt dit quelque part que la preuve que la dame de Clinchamps ne voulait donner que 100,000 fr. à sa fille, et non pas la terre d'Amigné en totalité, *ressort des stipulations mêmes du contrat de mariage*. Si la Cour a voulu dire que les stipulations du contrat de mariage sont telles, que les tiers ont dû y voir la preuve que la terre d'Amigné était donnée seulement pour 100,000 fr. à sa fille, et non pour la totalité, son arrêt ne sau-

rait être sérieusement attaqué; les tiers auraient à se reprocher d'avoir mal lu le contrat de mariage. Mais est-ce bien là le sens de l'arrêt? N'a-t-il pas eu plutôt en vue la recherche de l'intention *cachée et non exprimée* de ne pas donner toute la terre d'Amigné? N'est-ce pas par suite de cette idée qu'il a combiné les dires des parties, leur correspondance, leurs interrogatoires, et que, rapprochant ces témoignages de certaines clauses du contrat de mariage, il a cru trouver dans ce contrat des indices tendant à fortifier la preuve que les parties avaient eu une *intention secrète*, différente de l'*intention déclarée*? Dans cette supposition, qui peut-être vous paraîtra la plus vraisemblable, les critiques faites à l'arrêt, sous le rapport du droit, resteraient entières.

261. » Reste à voir les précédents.

» Il existe un arrêt de votre chambre, du 7 juillet 1830, qui a trait à cette question. Pour vous mettre à même d'en reconnaître l'application à la cause, nous avons vérifié au greffe de la Cour l'espèce de cet arrêt; car les recueils le rapportent fort imparfaitement.

» Les époux de Cantuel s'étaient mariés en Auvergne, en 1784, pays de droit écrit; ils avaient fait réserve de la faculté d'aliéner. La future était *mineure;* le pacte d'aliéner fut considéré, d'après cette circonstance, et le droit suivi en Auvergne, comme nul par la Cour, et vous voyez que ce point était à l'abri de toute critique. Cantuel fit de mauvaises affaires. — Il maria sa fille en 1809 : le contrat de mariage ne contenait aucune simulation; on n'avait

pas donné à l'acte un sens ostensible, que l'on aurait en même temps détruit par une contre-lettre cachée. On avait déclaré ouvertement « *que pour parvenir à payer les dettes hypothéquées*, les époux » Cantuel donneraient pouvoir aux futurs époux de » vendre les immeubles constitués en dot à la » demoiselle Cantuel ».

» Ces immeubles furent en effet vendus ; mais plus tard la dame Cantuel crut devoir inquiéter les tiers. Elle disait : Je m'étais sans doute réservé dans mon contrat de mariage de 1784, *le droit d'aliéner* ma dot ; mais j'étais mineure, je ne le pouvais pas.

» Ma dot était donc inaliénable.

» En supposant que, d'après la jurisprudence suivie en Auvergne, je pusse aliéner ma dot pour l'établissement de ma fille, ce qui n'est nullement certain, ce que je conteste, il faudrait du moins que j'eusse donné mes biens dotaux à ma fille, à ma fille seule. — Mais qu'on lise le contrat de mariage, on verra que je ne les ai donnés que pour payer les dettes de mon mari ; on verra clairement que ce n'est pas ma fille que j'ai gratifiée, mais mon mari.

» La Cour décida, en effet, que la clause du contrat de mariage de la fille n'était pas une donation à celle-ci, mais une donation au mari *de la donatrice*.

» Et vous rejetâtes le pourvoi, attendu qu'il s'agissait d'une interprétation du contrat de mariage.

» Rien n'est mieux jugé (1).

---

(1) *Infrà*, n° 3,359.

» Mais en quoi cet arrêt peut-il s'appliquer à la cause actuelle ? il ne s'agissait pas de détruire avec des actes secrets, des clauses insérées dans un contrat de mariage ; il s'agissait tout simplement d'interpréter des pactes *insérés dans le contrat* : d'en rechercher le sens, tel qu'il avait dû se présenter aux tiers à la lecture de ce contrat : aussi point d'analogie.

262. » Vous connaissez maintenant toute l'affaire. Nous n'ajouterons rien aux considérations qui ont spontanément frappé vos esprits sur la moralité des actes appréciés par la Cour de Paris. Vous avez vu des parents pressés par le besoin, cherchant de l'argent par tous les moyens, même au prix d'un détour ; mettant le mensonge dans un pacte de famille, et puis se retournant contre les tiers par eux trompés. Cela ne vous rappelle-t-il pas ces paroles de Julianus : *Non caret dolo pater qui, honore proprio amisso, propter compendium, alienam jacturam maluit* (1) ? »

Sur ces observations, le pourvoi a été admis par arrêt du 3 juin 1845 ; et par arrêt de la chambre civile du 15 février 1847, l'arrêt de la Cour de Paris a été cassé (2).

263. Ces décisions sont dignes de remarque : elles donnent la plus haute sanction aux droits des tiers ;

---

(1) L. 26, D., *Si quis omissâ causâ test.*

(2) Devill., 47, 1, 293.

elles prêtent à l'art. 1397 le concours de la plus scrupuleuse exécution.

264. Remarquons toutefois une chose. Sans doute les contre-lettres ne font pas obstacle aux tiers de bonne foi. Mais n'y a-t-il pas des cas où, la contre-lettre leur étant opposée, ils peuvent en tirer avantage contre celui qui s'en prévaut? Si l'époux qui les a souscrites voulait les méconnaître pour tirer plus d'avantages des énonciations simulées du contrat de mariage, et cela dans le but de nuire à des tiers, ceux-ci ne seraient-ils pas reçus à en exciper pour démontrer la dissimulation? l'affirmative est certaine.

Par exemple :

Un père marie son fils ; la future se constitue 6000 fr. Le contrat de mariage constate que la dot a été reçue, non par le futur, mais par son père. Il n'en est rien cependant ; c'est le futur qui a reçu la somme, et son père n'a consenti à cette énonciation, que pour se rendre débiteur de cette somme envers son fils et lui faire un avantage indirect. Une contre-lettre est faite. A la mort du père on la découvre, et ses autres enfants prétendent que la succession n'est pas débitrice des 6000 fr. Le fils marié pourra-t-il, à leur préjudice, faire prévaloir les énonciations du contrat de mariage? non. La simulation est trop évidente : on a voulu frustrer les tiers. On a fait mentir le contrat de mariage. Un contrat de mariage ne peut pas être, plus qu'un autre contrat, un

instrument de déception et de fraude contre les tiers (1).

ARTICLE 1398.

Le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible ; et les conventions et donations qu'il y a faites, sont valables, pourvu qu'il ait été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage.

SOMMAIRE.

265. De la capacité nécessaire pour le contrat de mariage.
Celui qui est habile a contracter mariage, est habile à consentir les conventions dont le mariage est susceptible.
Des mineurs.
266. L'article 1398 fait exception aux articles 903 et 904 du Code civil. Combinaison des articles 1095 et 1309 avec l'article 1398.
267. Objection contre la capacité du mineur pour les conventions matrimoniales.
268. Réponse à cette objection. Le mariage rend l'homme plus prudent et plus sage, et développe en lui un sentiment de conservation plus prononcé.
Le mineur a d'ailleurs l'assistance de ses guides naturels.

---

(1) Cass. 5 janvier 1831 (Dalloz, 31, 1, 75). L'espèce n'est pas tout à fait la même.

269. Ancienne jurisprudence. Distinctions qu'elle avait introduites ; tempéraments qu'elle apportait à la capacité du mineur en matière de contrat de mariage.
270. Suite.
271. Le Code civil est plus net et plus absolu.
272. Il y a cependant quelques pactes interdits aux mineurs, même dans le contrat de mariage. — Renonciation à l'hypothèque légale.
273. Conclusion.
Si la fille mineure qui se marie sous le régime dotal peut stipuler que sa dot sera aliénable. Cette question, quoique très-sérieusement traitée par quelques-uns, n'est pas sérieuse.
274. Arrêt important rendu à ce sujet par la Cour de cassation.
275. Lorsque la mineure s'est réservé le droit de vendre son bien dotal, faut-il que cette vente se fasse avec les formalités propres à l'aliénation des biens du mineur? Examen de cette question, et distinctions proposées.
276. Et d'abord, du mandat donné au mari de vendre, aliéner, partager le bien dotal. Ce mandat est valable,
277. Et le mari n'est pas tenu de faire la vente avec les formalités ordinaires, nécessaires pour vendre les biens des mineurs ; car le contrat de mariage ne l'exige pas ; au contraire, il donne pouvoir illimité de vendre.
Mais quand le contrat de mariage n'a pas dispensé de ces formalités, il faut les suivre ; il faut se conformer au droit commun.
278. Réponse à une objection.
279. Suite.
280. Suite.
281. Application de l'article 1398. Exception qu'il introduit au système des tutelles.
Du fils mineur privé de son père, et dont la mère remariée a été privée de la tutelle. Le consentement de la mère suffit-il? Faut-il le consentement du tuteur ?

COMMENTAIRE.

263. L'art. 1398 touche à une matière importante, à savoir, la capacité nécessaire pour participer à un contrat de mariage. La minorité offre, à cet

égard, la difficulté la plus fréquente ; c'était celle qu'il était le plus nécessaire de prévenir. Notre article, s'attachant avec raison aux notions de l'ancien droit, a établi pour le contrat de mariage une capacité spéciale. « Comme il n'y a pas de minorité pour » le mariage, il n'y en a pas, disait le tribun Siméon (1), pour les conventions qui en sont l'accessoire. Il serait étrange que celui qui dispose de sa » personne, ne pût pas, dans cette occasion, disposer » de ses biens. L'autorisation du tuteur ou des parents, qui consacre son engagement, suffit à plus » forte raison pour en affermir les pactes et exclure » tout regret et toute restitution. » Notre article décide donc, que le mineur habile à contracter mariage, est habile à consentir toutes les conventions dont le contrat est susceptible ; en sorte que les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, pourvu qu'il ait été assisté des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Le contrat de mariage est, d'ailleurs, favorable ; rien ne serait plus dangereux que de le casser légèrement. Comment, en effet, remettre les parties au même et semblable état qu'elles étaient avant le mariage? Puisque les conventions matrimoniales sont un moyen de faciliter les mariages, et que, d'un autre côté, il serait impolitique d'empêcher les mineurs de se marier, il est raisonnable de ne pas se montrer plus sévère pour la faculté de régler les conventions du mariage, qu'on ne l'est sur les conditions du ma-

---

(1) Fenet, t. 13, p. 811.

riage lui-même. Cette doctrine a été principalement formulée par Balde, qui, plus nettement qu'aucun de ses prédécesseurs, a montré la liaison de la capacité de se marier avec la capacité de faire un contrat de mariage (1). Il a été suivi par l'oracle du droit français, Dumoulin (2), et la jurisprudence s'y est conformée (3).

266. On laissera donc à l'écart les art. 903 et 904 du Code civil, qui déclarent les mineurs incapables de faire des donations entre vifs. On ne se réglera pas sur le système organisé par le droit commun relativement à l'incapacité des mineurs. Habile à se marier, le mineur est habile à faire un contrat de mariage. Tous les pactes usités en contrat de mariage, donations, avantages, pactes de communauté, etc., etc., il peut les sceller de son consentement, comme s'il était majeur. Il lui suffit d'avoir le consentement et l'assistance de ceux dont le conseil est requis pour la validité de son mariage. L'art. 1398 est le complément des art. 1095 et 1309, et ces trois articles forment un tout complet sur la matière (4).

267. Hâtons-nous cependant de prévoir une ob-

---

(1) *Conseil*. 99.

(2) Notes sur Blois, art. 161.
Infrà, n° 269, je cite ses paroles.

(3) *Infrà*, n° 1984, ce que je dis de la clause d'ameublissement, stipulée par le mineur.

(4) MM. Odier, t. 2, n°s 602 et suiv.
Rodière et Pont, t. 1, n° 37.

jection qui, au point de vue philosophique, ne laisse pas que d'avoir son importance. On peut dire qu'argumenter de la capacité de se marier à la capacité des conventions matrimoniales, ce n'est pas argumenter *a pari;* que la capacité de se marier provient du développement physique (1), tandis que la capacité de contracter est fondée sur l'aptitude intellectuelle ; que dès lors le mineur peut être capable d'engendrer et de se marier, sans être pour cela capable de gouverner ses actions avec cette plénitude de sens et de raison qui est de l'essence des conventions ; qu'il est peut-être hasardeux d'étendre ainsi, sans utilité, la capacité du mineur; car, à la rigueur, le mariage peut se passer du contrat (2).

268. A cela nous répondons : Le mariage n'exige pas seulement une aptitude physique ; en mettant les conjoints à la tête d'une famille qu'il faut élever, d'un ménage qu'il faut gouverner, il exige une capacité et une prudence plus grandes que dans les autres contrats. Si donc la loi reconnaît le mineur capable de se marier, elle le reconnaît, par cela même, capable de faire tous les contrats qui conviennent au mariage. Et ce n'est pas sans raison qu'elle lui permet de devancer l'âge de l'émancipation : d'une part, la faveur du mariage doit être prise en consi-

---

(1) *Puberes à pube dicti, qui pubertatem ostendunt, et generare jam possunt.* (Décret *de desp. impuber.*)

(2) V. Louet, lettre M, *somm.* 9.

dération. De l'autre, il est certain que le mariage rend l'homme plus prudent et plus sage, et développe en lui un sentiment de conservation très-prononcé. Il est plus à l'abri des passions dissipatrices. L'instinct de la famille, l'amour conjugal, le soin des enfants, l'attachent à des devoirs graves qu'il remplit avec affection, et ces grands intérêts donnent à sa raison une fermeté prématurée. De là la règle de Dumoulin, si souvent répétée : « *Habilis ad nuptias, habilis videtur ad omnia pacta et renunciationes quæ apponi in talibus solent.* » Il nous paraît clairement démontré que cette règle est d'accord avec la raison et avec l'utilité publique.

Et puis, la présence et le consentement des parents sauvent tous les inconvénients. Le mineur n'est pas livré sans guide à des facilités dangereuses; il a avec lui ses conseils les plus dévoués, surtout lorsque ce sont ses père et mère qui le marient. Quelle garantie plus grande pourrait être invoquée? De quelle autorité plus imposante pourrait-il avoir le concours (1)? Tout, alors, est censé avoir été réglé par l'affection la plus tendre, et l'on écarte les idées de dol ou de surprise. C'est le cas de dire avec le jurisconsulte Ulpien : *Affectu enim propensiore magis quam dolo, fecisse videtur* (2). Il est politique, d'ailleurs, de favoriser les mariages; et comme le dit Charondas (3) :

---

(1) Charondas, liv. 2, rép. 36.
Brillon, v° *Mariage*, n° 123.

(2) L. penult., § ult., D., *Quod falso tutor.*

(3) *Loc. cit.*

« Ce serait trop étroitement prendre la loi, qui ne la » voudrait interpréter par quelque politique et équi» table considération. »

269. Remarquons cependant que, dans l'ancienne jurisprudence, ces idées, quoique dominantes, recevaient, dans la pratique, un certain tempérament.

Ainsi, par exemple, on ne permettait au mineur d'ameublir ses immeubles que jusqu'à concurrence du tiers (1). On jugeait que, quand la dot d'une mineure consiste en deniers, son tuteur ne peut en faire entrer que le tiers en communauté, et que le surplus lui demeure propre (2). On jugeait également qu'une fille mineure pouvait être restituée contre une association universelle, qu'elle avait faite avec son mari, par contrat de mariage (3). La raison en était que, bien qu'il fût vrai de dire avec Dumoulin, que *habilis ad nuptias*, *habilis videtur ad omnia pacta et renunciationes quæ apponi in talibus solent*, on n'entendait cette règle que des clauses ordinaires des pactes matrimoniaux ; par exemple, d'une exclusion de communauté, d'un partage inégal de la commu-

---

(1) M. Merlin, Répert., v° *Ameublissement*.
Henrys, t. 2, p. 262.
Salviat, v° *Dot*, n° 10.
Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n°s 3, 4 et 5.

(2) Bretonnier, sur Henrys, *loc. cit.*
Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 3, n° 12, p. 56 et 57.
Infrà, n° 1984.

(3) Henrys, *loc. cit.*

nauté. Mais en ce qui concerne les clauses extraordinaires, comme une donation excessive, un ameublissement exagéré, un douaire exorbitant, une communauté de tous biens, comme ces pactes dépassent la manière usuelle de contracter, et emportent une aliénation grave, on décidait que le mineur était restituable à cet égard, à moins que le contrat de mariage qui les renfermait, ne fût accompagné des formalités requises par le droit commun pour l'aliénation des biens des mineurs (1). Ce n'était que pour les pactes et renonciations dépourvus du caractère d'aliénation exagérée, qu'on tenait le mineur pour non restituable. Ainsi, un mineur se mariait-il avec exclusion de communauté? ce n'était pas un cas de restitution ; car le mineur ne faisait que renoncer à un droit casuel et incertain. Il en était de même de la clause qui attribue au survivant tous les meubles et conquêts. Cette clause est réciproque; elle ne renferme aucune aliénation de propres ; elle ne contient qu'une disposition des fruits éventuels du travail de l'époux (2) ; elle n'est qu'une convention de mariage, et non une donation (3). En un mot,

---

(1) Peleus, liv. 3, art. 35.
Berault sur Normandie, art. 431.
Chenu, quest. 18.
Lebrun, liv. 1, chap. 3, n° 16.

(2) Boerius, *T. des mariages*, art. 1.

(3) Louet, lettre D, n° 24.
Arrêt du 18 mai 1602.
Lebrun, liv. 1, chap. 3, n° 18.

toutes les fois que le mineur ne se plaignait pas d'une aliénation formelle de ses biens, il n'était pas restituable ; il ne l'était que pour les pactes extraordinaires entraînant une aliénation, ou une donation excessive (1).

270. Cette distinction ne faisait pas cesser cependant toutes les controverses. Ainsi, lorsqu'une coutume, telle que celle de Blois (2), autorisait les futurs à se donner l'un à l'autre mutuellement, par leur contrat de mariage, leurs acquêts immeubles et la moitié de leurs propres, on disputait beaucoup pour savoir si un mineur habile à se marier pouvait user de cette faculté accordée par le droit commun local, ou s'il ne le pouvait pas. Dumoulin s'était prononcé pour l'affirmative (3), et D'Argentré, son contradicteur souvent injuste, pour la négative (4). A mon sens, rien ne me semble plus évident que l'opinion de Dumoulin (5). Comment hésiter à croire qu'une telle disposition, érigée par la coutume, et ayant un caractère de mutualité si favorable au mineur, lui fût interdite dans son contrat de mariage?

271. Quoi qu'il en soit, il est certain que l'article

---

(1) Charondas, *loc. cit.*
(2) Art. 161.
(3) Apostille sur cet article.
(4) Sur Bretagne, art. 220, glose 2.
(5) V. Lebrun, liv. 1, chap. 3, n° 19.

1398 a voulu faire cesser la restriction de l'ancien droit (1) : il est général, il est absolu ; il ne comporte pas de distinctions de cette nature. Les art. 1095 et 1309 concourent à mettre cette vérité dans tout son jour. L'art. 1309 est, en effet, ainsi conçu : « Le » mineur n'est pas restituable contre les conventions » portées en son contrat de mariage lorsqu'elles ont » été faites avec le consentement et l'assistance de » ceux dont le consentement est requis pour la va- » lidité de son mariage. » Il est clair qu'en présence d'un tel article, il ne serait plus permis de ressusciter les distinctions de l'ancienne jurisprudence.

272. Il existe cependant un pacte dont la loi ne permet pas l'usage aux mineurs: c'est non-seulement la convention de ne pas prendre inscription sur les immeubles du mari pour la sûreté de la dot, mais encore la convention tendant à convertir l'hypothèque générale de l'épouse en hypothèque légale. L'art. 2140 du Code civil porte une disposition expresse à cet égard (2). Il est facile de comprendre pourquoi la loi a mis la femme dans l'impossibilité de renoncer d'une manière absolue à son hypothèque légale. Il ne faut pas qu'elle abandonne sa fortune sans aucune garantie. L'on sait, du reste, que la femme majeure est, aussi bien que la femme

(1) M. Merlin, Répert., v° *Ameublissement.*
Infrà, n° 1984.

(2) Mon comm. *des Hypothèques*, t. 2, n°s 636 et 637.

mineure, frappée de cette impossibilité. Mais ce qui se comprend plus difficilement, c'est qu'on ait défendu à la femme mineure de spécialiser son hypothèque : assurément, il y a une foule de conventions plus graves que celle-là, qui ne lui sont pas défendues. Pourquoi, dès lors, ne l'avoir pas mise sur le pied de la femme majeure ? Pourquoi des craintes exagérées et nuisibles au crédit des époux ? Quoi qu'il en soit, la loi existe ; elle a été ainsi faite en connaissance de cause : il faut l'exécuter.

273. Mais, à l'exception de ce pacte, qui est interdit au mineur habile à se marier, on a mesuré la capacité de ce mineur sur celle du majeur. Il ne faut pas se laisser effrayer par les dangers de la minorité ; qui veut la fin, veut les moyens. Si le mariage des mineurs doit être encouragé, on ne doit pas mettre des obstacles aux contrats qui préparent et facilitent une telle union.

C'est ce que n'ont pas compris les partisans outrés de l'inaliénabilité de la dot, lorsqu'ils ont agité la question de savoir si la fille mineure qui se marie, est habile à stipuler dans son contrat de mariage que sa dot sera aliénable. La règle, *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia,* ne leur a pas paru suffisante pour vaincre leurs scrupules. Ils ont réveillé des distinctions tirées de l'ancien droit, et les ont appliquées tant bien que mal au droit nouveau, qui n'en comporte pas. Ils ont répété, comme on le faisait jadis, que cette règle n'est bonne que pour les clauses ordinaires, et non pas pour les clauses contenant

des modifications à la nature du régime matrimonial (1). Ils invoquent les lois 61, D., *de jure dotium*; 22, C. *de adm. tutor.*; 8, C. *de prædiis minor.*, qui défendent à la femme mineure d'aliéner ses biens, même par contrat de mariage, à moins que la vente ne soit autorisée par un décret préalable de la justice. Ils insistent sur la loi 1, C. *si adversus donationem*, qui dans les pactes tendant à favoriser le mari, recommande une sage modération, *congruenti moderatione*. Ils invoquent la jurisprudence du parlement de Bordeaux, d'après laquelle la femme mineure ne pouvait donner à son mari une faculté d'aliéner qu'elle n'avait pas elle-même (2).

Je veux bien qu'avant le Code civil, il en ait été ainsi dans quelques pays gouvernés par le droit romain (3). Mais ce qu'il y a de certain, c'est que le Code civil ne permet plus d'arborer de pareils principes (4); et cette controverse, quoique très-sérieusement éle-

---

(1) M. Merlin, Quest. de droit, vº *Mineur*, § 1, ne rappelle et n'applique cette distinction que pour le droit flamand ancien.

(2) Arrêt d'Agen (après partage) du 15 janvier 1824 (Dall., 24, 2, 166 et 167).

(3) Chabrol sur Auvergne, chap. 14, art. 3, quest. 4, t. 2, p. 195.
Roussilhe, t. 1, p. 239 et 468.
Cass., rejet, 7 juillet 1830 (S., 31, 1, 68).
Dalloz, t. 10, p. 179.

(4) M. Tessier, t. 1, note 582.
Cass. req. 12 janvier 1847 (Devill., 47, 1, 241).

vée, ne me semble pas sérieuse. Outre que l'art. 1398 ne distingue pas, outre que l'art. 1309 ne permet pas même de distinguer, il est clair que la faculté d'aliéner ne saurait être rangée parmi les clauses exorbitantes et insolites. Cette faculté était de droit dans le Lyonnais, où les besoins du commerce l'avaient fait établir; elle existait en Normandie sous condition de remplacement. Elle est très-fréquente dans les contrats de mariage, soit qu'elle soit absolue et sans limites, soit qu'elle soit restreinte par l'obligation de remplacer. Tout le monde comprend que l'inaliénabilité de la dot est un droit extrême, nuisible à la liberté des transactions, et susceptible de modifications dont le législateur lui-même admet l'opportunité (art. 1557). Dès l'instant que la loi autorise les parties à stipuler l'aliénation de la dot, il devient certain et évident que ce pacte ne doit pas être traité avec défaveur, et que ce n'est qu'à cause de son utilité que le Code civil en a accordé le libre usage.

Aussi est-il constant aujourd'hui, malgré quelques efforts impuissants, que, bien que mineure, l'épouse peut stipuler que sa dot sera aliénable (1).

274. C'est pourquoi la Cour de cassation a décidé,

---

(1) Cass. 7 mai 1826. Voir cet arrêt à sa date dans la collection chronologique de M. Devilleneuve.
Nîmes, 26 janvier 1825 (Devill.).
Riom, 13 novembre 1840 (Devill., 41, 2, 18).
MM. Delvincourt, t. 3, p. 230, note 5.
Duranton, t. 15, n° 476.

par arrêt du 12 janvier 1847, qu'une mineure peut donner pouvoir à son mari, par contrat de mariage, de traiter de ses biens dotaux indivis, de les gérer, administrer, liciter, vendre, aliéner aux prix, pactes, conditions qu'il jugerait les plus avantageux, faire procéder à tout partage, et fournir toute quittance (1) : arrêt important et digne de remarque, qui maintient à l'art. 1398 son sens pur et son caractère de généralité ; arrêt qu'il faut considérer comme capital, et mettre dans la classe de ceux que Bacon appelait : *Anchora legum.*

275. Mais ici naît, à l'instant, une difficulté sérieuse, et suggérée par le désir louable de venir au secours de la femme mineure. Que la femme mineure, dit-on, puisse se réserver par son contrat de mariage la faculté d'aliéner son bien dotal, on l'accorde puisque les art. 1398 et 1309 du Code civil le veulent ainsi. Mais si, avant sa majorité, l'epouse veut vendre son bien dotal, ainsi stipulé inaliénable, elle ne peut le vendre qu'avec les formalités requises pour la vente des biens des mineurs. Sa volonté a pu faire fléchir le principe d'inaliénabilité. Mais pour exécuter cette volonté, elle est obligée, si elle est encore mineure, de se conformer aux formes qui protégent la vente des biens du mineur (2). Il ne faut pas, conti-

---

(1) Devill., 47, 2, 241.

(2) V. le jugement du tribunal dans l'affaire jugée à Riom (Devill., 41, 2, 18).

nue-t-on, il ne faut pas exagérer l'art. 1398. Ce serait le moyen de le rendre périlleux. Qu'on y fasse bien attention : l'art. 1398 n'habilite le mineur que pour les conventions matrimoniales, c'est-à-dire pour les conventions qui ont trait au mariage. Il ne saurait être étendu aux actes qui sont en dehors du contrat de mariage, et pour lesquels le mineur est soumis à l'observation de formes spéciales déterminées par la loi. Ainsi, supposons qu'une fille mineure donne, dans son contrat de mariage, procuration à son mari pour procéder seul, et sans observer les formes prescrites aux mineurs, au partage définitif des biens délaissés par ses auteurs : une telle clause est exorbitante ; elle n'est pas une convention de mariage, et le partage fait conformément à ses dispositions n'est que provisionnel (1).

Telle est l'argumentation que nous avons entendu proposer et défendre. Elle ne manque pas de couleur. Mais il nous serait bien difficile d'admettre cette doctrine dans sa généralité. Des distinctions sont nécessaires pour en faire ressortir les côtés rationnels et les côtés faibles.

276. Arrêtons-nous d'abord à l'espèce posée,

---

(1) Bordeaux, 25 janvier 1826 (Dalloz, 26, 2, 176 et 177). (Devill., 8, 2, 184 et 188).
Et jugement de Riom dans l'affaire jugée le 13 novembre 1840 (Devill., 41, 2, 18).

d'un mandat de vendre ou de partager, donné au mari. Nous soutenons que ce mandat est valable, qu'il a conféré au mari des pouvoirs irrévocables, que les ventes et partages par lui opérés sont définitifs (1). En effet, ce mandat fait partie des clauses du contrat de mariage ; il en est une condition essentielle. Autorisé par la loi, il ne saurait être paralysé par une subtilité dans l'exécution. Quoi ! la femme aurait pu faire à son mari une donation de son bien, et elle ne pourrait pas lui donner le mandat de vendre ce même bien ! Elle serait censée majeure pour faire une libéralité à titre gratuit, et on la traiterait comme mineure lorsqu'elle ne fait qu'autoriser la vente de son bien à titre onéreux ! Un tel système n'est pas soutenable. En cette matière, il faut bien se persuader que le droit commun n'est pas la meilleure règle à suivre ; que le contrat de mariage fait exception à tous les autres contrats, et que l'article 1398 donne au mineur habile à contracter mariage, une majorité spéciale qu'il ne faut pas rendre illusoire.

277. Cependant, hâtons-nous de faire une observation nécessaire pour préciser notre pensée. Pourquoi voulons-nous que le mari soit dispensé de

---

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 394, n° 6.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 39.
Tessier, *de la Dot*, t. 1, p. 384.

suivre les formalités exigées pour l'aliénation des biens des mineurs? Nous le voulons, parce que le contrat de mariage l'a expressément voulu; nous le voulons, parce que ce pacte est un élément substantiel dans un contrat irréformable.

Mais si le contrat de mariage ne donne pas ce pouvoir d'une manière positive, alors on reste dans le droit commun et l'on concilie les clauses du contrat de mariage avec les principes protecteurs de la minorité. Par exemple, une femme mineure se réserve la faculté d'aliéner sa dot, sans autre explication ni addition. Croit-on que tant qu'elle sera mineure, elle pourra vendre son immeuble sans avis de parents, sans publicité ni concurrence, ainsi qu'un majeur pourrait le faire? je ne le pense pas (1). En effet, tout ce que le contrat de mariage a fait, c'est d'habiliter la femme à vendre; mais ceci accordé, reste ensuite la manière de vendre, et le contrat est muet à cet égard. Il laisse par conséquent la femme sous l'empire du droit commun.

278. Une objection se présente néanmoins, et la voici:

Si l'épouse mineure reste asservie aux formalités de droit commun pour la vente de son bien, c'est la traiter non comme majeure, mais simplement comme émancipée. Or, le mineur émancipé est

---

(1) MM. Rodière et Pont paraissent être de cet avis, t. 1, n° 59.

frappé d'incapacité pour vendre ses immeubles (art. 484 du Code civil). Et cependant que dit le contrat de mariage ? que la femme pourra vendre son bien dotal. Le contrat de mariage s'oppose donc à ce qu'elle soit mise sur la même ligne que le mineur émancipé. Elle a été investie des priviléges de la majorité ; elle doit en jouir.

Cette objection, quoique spécieuse, renferme une confusion d'idées.

Je suppose que la femme soit mariée sous un régime qui lui accorde la libre disposition de ses propres avec l'autorisation de son mari : est-ce que cette femme pourra, si elle est mineure, vendre ses biens avec la même liberté qu'une épouse majeure ? nullement. Le Code civil n'a pas suivi le système des coutumes de Blois et du Bourbonnais, qui accordaient à l'époux mineur la disposition de ses propres biens (1) ; il s'est rangé au système dominant dans l'ancienne jurisprudence, et d'après lequel l'époux mineur ne pouvait aliéner ses propres biens (2). Je veux bien que le mari majeur soit, à cause de son affection, le curateur de droit de sa femme mineure (3), et que l'épouse puisse faire avec son assistance tout ce qu'un mineur émancipé est

---

(1) Lebrun. p. 197.

(2) *Id.*, p. 142, n° 1.

(3) Arg. de l'art. 2208 C. civ. Lebrun, p. 144, n° 7.
MM. Duranton, t. 3, n° 678.
Grenier, *Hyp.*, t 2, n° 477.
Contrà, Louet, lettre M, somm. 1.

en droit de faire avec son curateur (1) : mais il y a des actes plus graves que l'émancipé n'a pas capacité de faire, même avec l'assistance de son curateur (2). Telle est une aliénation. L'autorisation et l'assistance du mari, de ce curateur naturel, ne sauraient suffire pour relever la femme de son défaut d'âge. Le mari peut avoir des intérêts contraires aux intérêts de la femme (3) : tant que le consentement de celle-ci n'a pas acquis par l'âge le degré de maturité convenable, il est bon de placer à côté d'elle quelques garanties, et les précautions ordinaires doivent être observées.

Ceci posé, demandons-nous pourquoi il en serait autrement de la femme mariée sous le régime dotal qui aurait stipulé le droit d'aliéner sa dot ? Qu'a-t-elle voulu par ce pacte? Elle a voulu se donner une liberté pareille à celle de la femme commune ; elle a voulu que l'immeuble dotal fut susceptible d'aliénation aussi bien que le propre de la femme commune. Eh bien! que son immeuble ne soit pas inaliénable, puisqu'elle l'a voulu. Mais tant qu'elle sera mineure, l'aliénation ne saurait se faire que dans les formes exigées pour la vente du bien des mineurs. Notons-le bien : la femme n'a pas stipulé, outre la faculté d'aliéner, que l'aliénation se ferait de telle ou telle manière ; elle a posé un principe,

(1) Art. 480, 481, 482, etc.
(2) Art. 461, 457, 458, 483, etc.
(3) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*

celui de l'aliénation. Mais la forme à donner à cette aliénation n'a été l'objet d'aucun pacte dérogatoire au droit commun : le droit commun doit donc rester dominant.

279. De là vient la différence entre cette dernière hypothèse et celle que nous examinons au n° 276. On se le rappelle : la question était compliquée d'une circonstance assez considérable, à savoir : un mandat irrévocable donné au mari par le contrat de mariage. En pareil cas, il n'y a pas seulement pacte pour pouvoir aliéner; il y a encore convention que la vente se fera de telle manière déterminée, et cette convention, qui assure au mari un droit positif, indélébile, un droit qui fait partie substantielle du contrat de mariage, ne saurait être brisée; ce serait faire injure au mari, douter de son affection, le taxer de partialité ou d'imprudence, restreindre son pouvoir. Au contraire, dans notre seconde espèce, rien de pareil n'existe; il n'y a pas de tiers qui se présente avec un droit acquis.

280. Et remarquons-le bien :

Si nous acceptons comme irréfragable le pacte qui assure au mari le droit de vendre, c'est parce que ce pacte crée un droit en faveur du mari, et que tous les droits créés par un contrat de mariage au profit des tiers, doivent être respectés.

Mais si la femme, après avoir stipulé son droit d'aliéner, créait à son profit exclusif le droit d'aliéner de telle manière incompatible avec sa qualité

de mineure, je crois que cette partie du pacte ne serait pas valable. La femme n'a pas qualité pour étendre dans son propre intérêt le cercle de l'émancipation. Sans doute, si le contrat de mariage a constitué au profit de tiers des droits qui vont au delà de l'émancipation, il faudra les respecter ; car le contrat de mariage est pour les tiers le titre le plus respectable ; il leur crée des droits irrévocables, et c'est surtout quand le mari est un de ces tiers, qu'il faut y tenir la main. Mais alors que les tiers sont désintéressés, il ne saurait être permis à la femme de se créer à elle-même des droits exorbitants, contraires au droit commun, et éversifs des précautions de la loi.

281. Après tout ce qui précède, on peut apercevoir l'importance de l'art. 1398 et la grande exception qu'il introduit dans le système de la tutelle. Le tuteur peut quelquefois n'être compté pour rien dans les arrangements du mariage ; il peut se voir primé et mis à l'écart par l'ascendant qui, bien que n'exerçant pas la tutelle, a cependant le privilége du consentement au mariage.

Par exemple :

Qu'un mineur privé de son père ait une mère remariée et destituée de la tutelle, que lui faut-il pour qu'il soit habile au mariage ? le consentement de sa mère ; et ce consentement lui suffit (1). Dès

(1) Art. 160 et 175.

lors, ce consentement est également suffisant pour habiliter toutes les conventions de son contrat de mariage (1) ; le tuteur est entièrement écarté.

282. L'assistance des parents, exigée par notre article, de même que par les art. 1095 et 1309 du Code civil, implique la nécessité d'un consentement précis, spécial.

Du reste, rien n'empêche les parents dont la présence est requise, de se faire représenter par procuration (2).

283. Si le contrat de mariage du mineur est déclaré nul parce qu'il n'a pas été assisté des personnes dont le consentement était nécessaire, est-ce le régime de la communauté qui prendra la place du régime excessif promis témérairement par le mineur, et dont il s'est fait relever ? l'affirmative est évidente, toutes les fois surtout qu'il s'agira d'un régime dont la communauté sera le fond, et auquel la légèreté du mineur n'aura fait qu'ajouter une extension abusive.

Supposez, par exemple, que la fille mineure ait stipulé, hors des conditions imposées par l'art. 1398, une communauté universelle : elle sera fondée à exiger que les héritiers du mari l'exemptent des

---

(1) Bastia, 3 février 1836 (Devill., 36, 2, 247).
M. Zachariæ, t. 3, p. 394, note 4.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 40.
(2) *Id.*, t. 1, nos 41 et 42.

obligations de ce genre exorbitant de communauté ; et cependant elle pourra réclamer les avantages de la communauté ordinaire. Les héritiers ne pourront pas l'obliger à faire le choix, ou de n'avoir pas de communauté, ou de n'avoir que celle qui a été stipulée. Chopin (1), Ragueau (2), Papon (3), estiment cependant qu'il ne doit pas y avoir de communauté, et l'on cite un arrêt sans date, qui l'aurait ainsi décidé. On en donne pour raison, que dans les contrats il est de règle que toute division est contraire à l'esprit de la loi et à la justice ; qu'il faut les exécuter en entier, ou ne les pas exécuter du tout (4). Assurément cette raison a une grande valeur ; mais est-elle bien décisive ici ? Voulez-vous que le contrat tombe pour le tout ? mais alors reste le régime légal, et ce régime profitera à la femme ; car il serait trop dur de placer une pauvre mineure, qui a pu être trompée, dans l'alternative ou de n'avoir pas de communauté, ou de mettre ses propres en communauté. Après tout, de quoi s'agit-il ici ? ce n'est pas de substituer une convention à une autre, mais d'ôter à une convention ce qu'elle a d'excessif, et d'en retrancher l'abus (5).

---

(1) Sur Paris, liv. 2, t. 1, n° 25.

(2) Sur Berri, t. 8, art. 8.

(3) Liv. 15, t. 2, art. 2.

(4) Arg. des lois 57, D., *De contrah. emptione.*
34, *De edilit. edicto.*
39, § 1, D., *De operib. libert.*

(5) Lebrun, liv. 1, chap. 3, n°s 42 à 46.

284. En sera-t-il de même si c'est un régime dotal qui a été stipulé par la mineure ? son annulation permettra-t-elle de convertir ce régime en un régime de communauté ? ne serait-ce pas heurter de front la volonté des parties et les soumettre à un régime qui n'a jamais eu leur assentiment ? la puissance du régime légal de la communauté peut-elle aller jusque-là ?

Nous n'hésitons pas à décider que le régime de la communauté devient le régime légal des époux. Il n'y a pas de milieu : si ce n'est pas le contrat de mariage, fruit de la convention, qui subsiste, c'est le régime légal qui vient prendre sa place (1). Or, le contrat dotal tombe pour le tout, puisque, ainsi que nous le disions au n° précédent, il ne saurait être scindé (2). Donc, n'y ayant pas de contrat, il faut en revenir au régime de la loi, qui ne laisse pas les époux sans un régime imposé à leur mariage. Quelques personnes s'en étonnent ; elles disent que c'est soumettre les époux à un régime auquel ils n'ont pas pensé, qui peut-être leur était antipathique, auquel, tout au moins, ils ont manifesté par leur contrat l'intention de ne pas se soumettre. Mais quand tout cela serait vrai, qu'importe en définitive ? Pourquoi donc les époux ont-ils méprisé la volonté de la loi ? pourquoi se sont-ils mis au-dessus de ses formes ? à qui doivent-

(1) MM. Zachariæ, t. 3, p. 395.
Rodière et Pont, t. 1, n° 43.

(2) *Junge* M. Zachariæ, t. 3, p. 395, note 8.

ils s'en prendre, sinon à eux-mêmes, de s'être placés dans une situation qui les fait tomber sous le coup du régime légal (1)?

285. Voyons maintenant dans quel délai le mineur pourra agir, et quelles fins de non-recevoir s'élèvent contre sa demande en nullité.

Une distinction se présente tout d'abord : ou le défaut de consentement des parents a vicié tout à la fois le mariage et le contrat de mariage, ou il n'a vicié que le contrat de mariage seul.

Dans le premier cas, les mêmes fins de non-recevoir qui protégent le mariage, purgent virtuellement et nécessairement le contrat : c'est une thèse que nous avons discutée ci-dessus (2), et sur laquelle nous ne voulons pas revenir.

286. Dans le second cas, il semblerait, d'après Lebrun, qu'il faut sous-distinguer entre le mari et la femme (3).

Le mariage étant valable, dit-il, et le contrat étant seul atteint de nullité, ce n'est pas dans les lois spéciales faites pour sauver le mariage, qu'il faut aller chercher les raisons de décider ; c'est dans le droit

---

(1) *Suprà*, n° 94.

(2) N°s 96 et suiv., et n° 98.

(3) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 5, p 48, et n° 25, p. 52.

V. la loi 15, D., *De condit. instit.*

commun. Donc le mari, poursuit Lebrun, doit se pourvoir dans le délai de droit (aujourd'hui dans 10 ans), à partir de sa majorité, et cela même pendant le mariage. Sans quoi, le contrat est validé, et aucune attaque émanée de lui ne saurait l'atteindre (1). Mais en faisant cette part au mari, Lebrun n'oublie-t-il pas un principe qui avait autrefois la même force qu'aujourd'hui, savoir, que la prescription ne court pas entre époux pendant le mariage (2)? Il faut donc dire que ce n'est qu'à la dissolution du mariage que commence la prescription (3).

287. Il en est de même, à plus forte raison, de l'épouse mineure, qui s'est laissé surprendre un contrat de mariage lésionnaire, sans le consentement des parents ; car il y a ici cette autre raison décisive, savoir, qu'elle ne saurait être tenue d'agir contre son mari, par une action dont tout le poids porte sur ce dernier, pour obtenir une restitution réfléchissant directement sur lui (4). Ce serait exiger d'elle une résolution au-dessus de ses forces. « La soumission

---

(1) P. 48, n° 3.

Un arrêt de Cassation, du 31 janvier 1833, paraît toucher ce point (Dalloz, 33, 1, 139) ; mais la rédaction n'en est pas assez claire pour que j'en puisse discerner le véritable esprit.

(2) Art. 2253 C. civ. ; mon comm. *de la Prescription*, t. 2, n° 742.

(3) M. Zachariæ, t. 3, p. 395.

(4) Art. 2256 C. civ.

» qu'elle doit à son mari, dit Lebrun (1), le respect
» de celui qu'elle a reçu pour maître, la jettent dans
» une espèce d'impuissance qui équipolle à une im-
» possibilité de fait, suivant la loi 15, D., *de Cond.*
» *instit.*, qui dit : *Nam quæ facta lædunt pietatem,*
» *existimationem, verecundiam nostram, et, ut genera-*
» *liter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere*
» *nos posse credendum est.* En effet, qui pourrait im-
» puter à une femme de n'avoir pas violé les respects
» que la loi lui recommande, et de n'avoir pas
» rompu l'union conjugale, en attaquant son contrat,
» qui en est le fondement? Il n'y a point à douter
» sur cette espèce. »

288. Mais du moins, le mari ou la femme pourront-ils expressément ratifier pendant le mariage le contrat de mariage infecté de nullité?

Si nous étions encore sous l'empire de l'ancien droit coutumier, qui prohibait toute convention entre mari et femme constant le mariage, la négative ne ferait pas hésiter un instant (2).

Si, d'un autre côté, nous avions à nous occuper d'une nullité d'ordre public, telles que sont les nullités prononcées par les articles 1394, 1395, 1396, le doute ne serait pas plus admissible. La ratification serait illusoire; elle ne serait qu'une violation de plus de la loi (3).

---

(1) *Loc. cit.*, p. 52, n.os 25 et 26.
(2) *Suprà*, nos 204 et 205.
(3) *Suprà*, nos 180 et 186.

Mais, on le sait, il s'agit ici d'une nullité relative, tirée de la personne de l'époux mineur; nullité dont lui seul peut argumenter, et qui n'appartient ni à son cocontractant, ni aux tiers; nullité, par conséquent, susceptible d'être couverte, du moins en thèse générale.

Partant de là, voici ce que l'on peut dire avec apparence de raison : Pourquoi le mari devenu majeur, pourquoi la femme devenue majeure, ne pourraient-ils pas déclarer qu'ils renoncent à cette nullité? pourquoi ne tiendrait-on pas compte de leur consentement, lorsqu'il est sérieux, libre, exempt de toute suggestion et de toute contrainte? Qu'on ne puisse pas opposer à l'époux l'argument résultant de son silence pendant la plus longue durée du mariage, on l'accorde. Ce silence ne s'explique pas nécessairement par une adhésion. Il trouve aussi sa raison dans le désir de ne pas troubler la paix conjugale. Mais quand émane de l'époux une ratification expresse, quel doute pourrait s'élever? Cette ratification est censée être, jusqu'à preuve contraire, le résultat d'une volonté libre; c'est un acte spontané d'adhésion, dont on ne saurait méconnaître la valeur.

Ces raisons ne sont pas sans gravité. Cependant, à cause des principes spéciaux qui gouvernent le contrat de mariage, je pense qu'elles doivent fléchir, et que, la ratification d'un contrat de mariage nul opérant un changement dans la situation où le mariage a trouvé les époux, cette ratification s'évanouit devant le principe posé par l'article 1395 du Code civil (1); car elle substituerait pendant le mariage, un

(1) *Junge* MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 158.

pacte nuptial valable, au pacte nuptial nul, sans valeur, sans autorité, qui existait au moment du mariage. Or, un tel changement n'est-il pas en opposition avec les idées de l'art. 1395 du Code civil? Je sais qu'il peut être utile pour les tiers, de faire cesser un état de choses qui n'est que provisoire. Mais il n'est pas moins utile de réserver aux époux la liberté d'action et d'opinion, que l'état de mariage ne leur laisse pas pleinement.

289. Après avoir parlé des mineurs, disons quelques mots des interdits. Nous avons déjà fait ressortir ailleurs plusieurs des difficultés qui concernent ces sortes de personnes (1); il suffit désormais d'un rapide résumé.

Puisque le consentement est l'âme du mariage (2) et du contrat de mariage, il est clair que le mariage et les pactes matrimoniaux de l'insensé portent en eux un vice radical.

Néanmoins, des distinctions sont nécessaires pour ne pas donner à la nullité du mariage de l'interdit, une portée exagérée.

Le mariage et le contrat de mariage de l'interdit peuvent être attaqués, soit par lui-même, soit par ses collatéraux après son décès.

290. Voyons ce qui concerne la nullité du mariage de l'interdit, lorsque c'est en son nom que le

(1) *Suprà*, nos 99 et suiv.

(2) Art. 146 C. civ.

défaut de consentement est querellé. Les art. 146 et 180 du Code civil dessinent la situation. Le mariage doit être annulé sur sa demande, ou celle de son tuteur (1) : il en serait de même si, sans avoir été encore interdit, l'époux était au moment du mariage, dans un état de folie incompatible avec un véritable consentement ; il pourrait profiter du premier retour de sa raison pour demander la nullité.

291. Ceci n'est cependant pas vrai d'une manière absolue ; et si le mariage a été consenti et célébré pendant un intervalle lucide, il cesse d'être attaquable. Cette proposition est évidente lorsque l'époux n'a pas encore été interdit. L'intervalle lucide a rendu à l'insensé l'exercice de sa raison, et l'on ne saurait effacer l'influence de ce retour. Notre doctrine, conforme à l'opinion des théologiens (2), est beaucoup plus humaine que celle des jurisconsultes, qui refusent impitoyablement à l'insensé la consolation du mariage (3), alors même qu'il l'a contracté dans un intervalle lucide.

292. Il y a plus, et je vais jusqu'à dire avec un arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre

---

(1) M. Merlin, Quest. de droit, v° *Mariage*, § 12.
Arrêt de Bruxelles du 17 juillet 1828.

(2) Saint Thomas, cité dans le Nouveau Denizart, v° *Empêchement de mariage*, § 4, n° 6.

(3) Le Nouveau Denizart, *loc. cit.*

1844 (1), que lors même qu'un individu est interdit pour cause de démence, il n'est pas absolument incapable de contracter mariage dans les intervalles lucides que lui envoie le bienfait de la nature. Je sais que ce droit que j'accorde à l'interdit, est plus difficile à justifier que lorsque l'insensé n'est pas encore réduit à l'état de minorité légale. Je sais que lorsqu'il est dans les liens d'une interdiction juridique, on peut trouver dans l'article 502 du Code civil, un argument sérieux pour donner à croire que son mariage est radicalement nul (2). En principe, l'interdiction est un état d'incapacité qui n'a pas d'interruption ni de supension. Car l'insensé doit être interdit, même lorsque son état présente des intervalles lucides ; c'est la loi qui le dit (3). D'où il suit que les contrats émanés de l'insensé après son interdiction, sont frappés de nullité, alors même qu'il serait prouvé qu'un intervalle lucide éclairait sa raison. Mais ces règles, excellentes et incontestables lorsqu'il s'agit des contrats ordinaires de la vie civile, n'ont pas la même force quand il s'agit d'un acte aussi exceptionnel que le mariage. Je n'irai pas chercher dans les discussions du conseil d'État (4) et du Tribunat (5) la preuve de cette proposition. On peut

---

(1) Dalloz, 45, 1, 98.
Devill., 45, 1, 246.

(2) V. une dissertation de M. Pont (*Revue de Législation*, t. 24, p. 239).

(3) Art. 489 C. Civ.

(4) Fenet, t. 9, p. 8, 9 et suiv.

(5) *Id.*, p. 118.

interpréter diversement le sens de ces discussions (1), et dans ce court résumé, j'écarte tout ce qui ne marche pas directement et rapidement au but. Mais ce qui me décide, c'est que lorsqu'il s'agit de faire prononcer la nullité d'un mariage, c'est dans le titre seul du mariage, et non ailleurs, que la loi permet d'aller puiser les moyens d'attaque. Il y a pour le mariage un système complet, qui se suffit à lui-même, et qui n'a pas d'emprunts à faire aux titres du Code civil relatifs aux autres conventions (2). Or, l'article 180 du Code civil n'autorise l'action en nullité dirigée contre un mariage pour défaut de consentement, que lorsque le consentement n'a pas été libre ; et comment pourrait-on affirmer que le consentement donné par un interdit n'a pas été libre, s'il a été vraiment donné dans un intervalle lucide? Sans doute, je ne dirai pas avec quelques auteurs (3) que l'article 180 n'ouvre l'action en nullité que dans le cas où le consentement est vicié par la violence, la contrainte, le dol ou l'erreur. J'admets avec le plus grand nombre

(1) M. Zachariæ y voit la preuve qu'on n'a pas voulu se prononcer sur la nullité (t. 3, p. 282).

M. Pont, au contraire, pense que la nullité n'a pas été écrite dans la loi, parce qu'elle découlait nécessairement du principe qui exige pour le mariage un consentement valable. (*Revue de Législation*, t. 24, p. 260.)

(2) *Suprà*, n° 108 et 117.

(3) M. Marcadé, t. 1, p. 539.

des interprètes (1) que l'art. 180 se lie à l'art. 146, et qu'il ne tient pas compte d'un consentement qui, sans avoir été capté ou violenté, manque cependant du premier élément d'existence, c'est-à-dire du discernement. Mais je soutiens que lorsque l'interdit a un intervalle lucide qui vient illuminer sa raison, et que dans cet intervalle où l'éclipse de ses facultés est suspendue, il donne son consentement au mariage, ce consentement est libre ; car dans le titre du mariage on ne trouve pas un texte qui supprime l'intervalle lucide. Et alors on est placé en présence d'un fait naturel, que le juge a à apprécier, indépendamment de toute présomption légale et de toute fiction civile. Or, s'il est constant que la raison a repris son empire, bien que ce retour ne soit pas définitif, il n'est pas moins certain qu'un trait de temps a existé où l'interdit s'est réconcilié avec le bon sens, et qu'il a pu voir le droit chemin dans la vie, avec la liberté d'un esprit sain. Quel parti a-t-il pris ? celui de l'homme sage et raisonnable, qui sent qu'une compagne lui est nécessaire dans ses maux, et que la main d'une épouse peut seule soulager ses blessures morales. En vertu de quel texte, je le demande à son tuteur qui prétend défendre ses droits, viendra-t-il faire écrouler cette œuvre de

---

(1) MM. Toullier, t. 1, n° 501.
Duranton, t. 2, n° 267 et 269.
Et surtout Merlin, Répert., v° *Mariage*, t. 17, sect. 6, § 2, art. 180, p. 719.
Et Questions de droit, v° *Mariage*. § 12, arrêt de Bruxelles.

sa volonté? où y a-t-il dans le titre du mariage un article qui oblige à confondre les intervalles lucides avec les intervalles d'aberration? Je ne connais qu'un texte, c'est l'article 180 combiné avec l'article 146. Eh bien! le consentement donné pendant cette guérison momentanée de la folie, remplit les conditions de ces articles. Maintenant par quel motif plausible ébranlerait-on un acte aussi sacré, aussi inviolable, aussi nécessaire que le mariage? Est-ce parce que l'époux a été fou? mais il ne l'était plus quand il a pris sa résolution. Est-ce parce qu'il est retombé plus tard dans sa triste maladie? mais cette rechute ne saurait altérer la stabilité qui s'attache à une volonté prise en connaissance de cause. Le consentement a été libre quand il a été donné; il n'en faut pas davantage pour maintenir le mariage dans sa validité.

Je n'hésite donc pas à croire que l'époux interdit, ou son tuteur, ne serait pas recevable à demander la nullité du mariage contracté dans un intervalle de lucidité : la demande serait moins sage que le mariage; c'est elle qui serait suspecte; il faudrait la repousser.

293. Cette doctrine n'a aucun danger; la doctrine contraire peut en avoir de considérables. Pourquoi, par exemple, un tuteur viendrait-il enlever à un malheureux insensé la consolation de légitimer par son mariage un enfant naturel qu'il affectionne? pourquoi le réduire à l'isolement, et aggraver son état moral en faisant violence à ses sentiments? pourquoi lui refuser les soins d'une compagne et les douceurs de la vie de famille?

Je dis que notre doctrine n'a pas d'inconvénients; et, en effet, si l'officier de l'état civil a connaissance de l'interdiction, il pourra refuser de passer outre, et la question ira devant les tribunaux, qui examineront avec maturité les circonstances dans lesquelles se trouve l'intelligence de l'interdit. Les parents ont aussi la faculté de faire opposition au mariage (article 174 du Code civil). Ils peuvent éveiller l'attention de la justice et appeler sa vigilance sur l'acte qui va se consommer. Que si le mariage a été célébré sans opposition (et il ne le sera, dans les cas les plus fréquents, qu'autant que l'union aura l'approbation tacite de la famille), ce serait une énormité de le casser par l'influence de la présomption civile qui s'attache à l'interdiction.

294. Mais du moins le tuteur de l'interdit marié dans un intervalle lucide, n'aura-t-il pas le droit de se plaindre de ce que le mariage n'a pas été autorisé par le conseil de famille?

Sans doute, ce serait un surcroît rassurant de garantie si à la preuve de l'intervalle lucide se joignait le consentement du conseil de famille; ordinairement l'interdit qui veut se marier, s'environne de cette précaution (1).

Toutefois je ne pense pas que le défaut de ce consentement soit de nature à faire annuler le mariage contracté. L'intervalle lucide opère une sorte de res-

---

(1) V. l'espèce de l'arrêt de la Cour de cassation (Requêtes) du 12 novembre 1844 (Devill., 45, 1, 246).
(Dalloz, 45, 1, 98).

titution morale en entier : il relève l'interdit ; il le fait majeur ; il le rend apte au mariage comme le serait un majeur (1). Les parents ont pu former opposition (art. 174) et porter devant les tribunaux la question du libre consentement. S'ils gardent le silence, ils sont censés avoir scellé, par l'adhésion de la famille, le mariage de celui de ses membres qui était placé sous leur surveillance. L'art. 509 du Code civil n'a ici aucune application.

295. Quant aux conventions matrimoniales, nous ne pouvons que répéter ce que nous avons dit ailleurs (2) ; elles suivent le sort du mariage : nulles si le mariage est nul, elles se soutiennent si le mariage se soutient. *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.*

296. Venons maintenant au cas où l'interdit décède, après s'être marié en état d'interdiction : nous supposons que ce sont les collatéraux qui viennent attaquer le mariage pour faire tomber ses pactes matrimoniaux.

Dans ce cas, il nous paraît certain [et nous avons cherché à le prouver ci-dessus par des raisons péremptoires (3)] que les collatéraux, non recevables à critiquer le mariage, sont également non recevables à critiquer les pactes matrimoniaux qui ont été la condition de l'union conjugale, et qui sont la récompense du dévouement de l'autre époux.

---

(1) *Contrà*, M. Zachariæ, t. 3, p. 285.

(2) *Suprà*, n° 99.

(3) *Suprà*, n° 108.

297. Occupons-nous du prodigue. La plupart des auteurs, Voët excepté (1), reconnaissent que le prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, a capacité pour se marier sans l'assistance de son conseil (2).

Mais, capable de se marier, sera-t-il capable des conventions matrimoniales qui favorisent le mariage?

Dans l'ancienne jurisprudence, on trouve quelques monuments remarquables desquels il semblerait résulter que si le prodigue peut, par son contrat de mariage, consentir les pactions ordinaires, il est incapable de consentir des pactes exorbitants (3) : par exemple, Basnage cite un arrêt du parlement de Rouen qui a décidé qu'un mari prodigue n'avait pu, sans l'assistance de son curateur, consigner la dot sur ses immeubles ; consignation qui, d'après un droit spécial à la Normandie, créait à la femme des droits exorbitants contre l'exagération desquels les meilleurs esprits réclamaient (4).

Une opinion a peu près semblable est reproduite par la plupart des interprètes du Code civil : ils veulent bien que le prodigue puisse stipuler les conventions ordinaires, par exemple, le régime dotal, l'exclusion de communauté ; mais ils le déclarent incapable de faire des donations entre vifs au profit

---

(1) Ad Pand., *de Sponsalib.*, lib. 23, t. 1, n° 3.

(2) M. Merlin, Répert., v° *Prodigue*, § 5.

(3) Basnage sur Normandie, art. 365, t. 1, p. 602. Arrêt du parlement de Normandie du 15 mai 1671.

(4) Basnage, lui-même, sur Normandie, t. 1, p. 596, art. 365.

de son conjoint, à moins qu'il ne soit assisté de son conseil judiciaire (1). C'est sur l'art. 513 du Code civil que se fondent ces auteurs pour rendre cette décision.

Mais il m'est impossible de me ranger à leur avis, et je me renferme dans la règle plus sûre, plus favorable aux mariages, *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia* (2).

L'art. 513 n'est pas une objection ; il n'est pas fait pour le contrat de mariage, qui a des principes particuliers. En veut-on la preuve?

L'art. 513 défend au prodigue de grever ses biens d'hypothèques sans l'assistance de son conseil, et cependant s'il se marie (et on convient qu'il peut se marier sans l'assistance de son conseil), tous ses biens seront grevés d'une hypothèque générale au profit de sa femme. Par cela seul qu'il est habile à contracter mariage, il est aussi habile à constituer, sur l'universalité de son patrimoine, une hypothèque destinée à servir de sûreté aux apports de sa femme. Si l'art. 513 était la loi de la matière, est-ce qu'un tel résultat serait possible?

---

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 393. Il cite un arrêt de la Cour de cassation du 28 décembre 1831 (Dalloz, 32, 1, 28).
(Devill., 32. 1, 358).

Cet arrêt ne dit pas un mot du prodigue.
MM. Duranton, t. 14, n° 15.
Odier, t. 2, n° 613.
Rodière et Pont, t. 1, n° 45.

(2) V. *Suprà*, n° 99 et suiv.

Or, si, par le mariage, le prodigue peut couvrir ses biens d'une hypothèque générale, il peut aussi, pour le mariage, faire à sa future une donation entre vifs de biens présents. *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* Une telle donation a son motif raisonnable dans le mariage; ce n'est pas un effet de la dissipation, comme les donations ordinaires ; ce n'est pas même une libéralité sans retour, sans compensation, sans prix : l'épouse a aussi donné sa beauté, sa jeunesse, sa liberté, ses soins tendres et empressés. Je vois là le contrat *do ut des,* plutôt qu'une donation pure et simple. Est-ce donc que le prodigue n'a pas le droit d'obéir aux sentiments de la nature(1)? Supposez qu'il ait choisi une épouse honnête, d'une condition sortable, d'une vertu éprouvée, est-ce que le prodigue n'a pas fait acte de sagesse en choisissant si bien? et pourquoi donc sa libéralité serait-elle suspecte, puisque sa volonté a été si prudente dans le choix de la personne (2)?

298. Maintenant, les tribunaux pourront-ils user d'un pouvoir discrétionnaire pour réduire la donation *ad legitimum modum*, si elle leur paraît excessive?

---

(1) Arg. de la novelle 39 de l'empereur Léon, qui veut qu'on ait égard aux aumônes et aux affranchissements d'esclaves faits par les prodigues.

(2) C'est le cas de dire avec l'Empereur Léon (novelle précitée) : « *Si in eâ prodigi mores non conspiciantur, quod* » *actum est, ratum esto.* »

On a vu ci-dessus (1) que cette opinion peut s'étayer de l'autorité de Servin, de Fevret, de M. Merlin, et que l'arrêt du parlement de Normandie du 15 mai 1671 concourt à la fortifier. Pour moi, je ne conseillerai pas aux juges d'en user (2) : les clauses d'un contrat de mariage ne sont pas susceptibles de division ; elles se lient, s'enchaînent, se coordonnent. Et puis, quand une femme a consacré sa vie à un homme, il n'est pas juste de venir quereller par des considérations tirées du commerce ordinaire des choses, une situation qui ressemble si peu aux autres contrats (3).

299. Reste à parler du mort civil. On doute si le mort civil peut se marier (4). J'ai puisé depuis longtemps dans les doctes écrits de M. Merlin, la conviction qu'il ne le peut pas (5), et que son mariage, s'il venait à en contracter un, serait destitué de tout

---

(1) Nos 101 et 104.

(2) *Suprà*, nos 101 et 104.

(3) *Suprà*, n° 216.

(4) M. Merlin, Répert., v° *Mariage*, p. 45 et 53, et t. 16, v° *Mariage*, p. 718 et 721.

M. Dalloz, t. 10, p. 43, veut, d'après l'article 25 du Code civil, qu'il ne puisse se marier.

MM. Rodière et Pont (t. 1, n° 48) veulent que le mariage soit permis au mort civil.

De même M. Toullier, dans une consultation (Sirey, 19, 2, 117), réfutée par M. Merlin.

(5) Art. 25 C. civ.

effet civil, même de l'indissolubilité, qui, bien que découlant de la nature des choses, est un établissement de la loi civile. Le mariage ne doit intervenir qu'*inter legitimas personas*, et l'on ne saurait mettre dans ce nombre un individu retranché de la société à cause de son indignité. L'union du mort civil est une union purement naturelle et libre, qui n'emprunte rien à la loi civile, et dont la société ne tient pas compte (1). Je n'examine pas cette question au point de vue religieux; je ne m'érige pas en casuiste. Je consulte les principes de la loi civile; je m'informe des textes; je les prends tels qu'ils sont, et non pas tels que j'aurais voulu les faire. Et quand je me pénètre de leurs termes et de leur esprit, j'ai peur que M. Toullier en combattant M. Merlin (qui, du reste, l'a vigoureusement réfuté ensuite) n'ait trop cédé à des raisons d'équité, et à certaines influences politiques auxquelles le jurisconsulte doit opposer la plus ferme impartialité.

CHAPITRE II.

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ.

ARTICLE 1399.

La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté

(1) d'Aguesseau, t. 5, p. 141 et 142.

devant l'officier de l'état civil : on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

Article 1400.

La communauté qui s'établit par la simple déclaration qu'on se marie sous le régime de la communauté, ou à défaut de convention, est soumise aux règles expliquées dans les six sections qui suivent.

SOMMAIRE.

300. De la communauté légale.
De la communauté conventionnelle.

301. La communauté légale repose sur la convention présumée des parties ; elle tire de la volonté des époux sa principale racine.

302. De la définition de la communauté : elle est une société ; mais elle n'a pas directement pour but de faire des bénéfices, ainsi que les autres sociétés. Sa fin principale est de soutenir les charges du mariage.

303. C'est pourquoi elle s'écarte de quelques principes auxquels les sociétés ordinaires sont soumises.

304. Elle est une société *sui generis*. Conséquences de ceci. L'article 1833 ne lui est pas applicable.

305. Autre différence. Comparaison du gérant d'une société avec le mari chef de la communauté. Droit exceptionnel et spécial à l'égard du mari.

306. La communauté est un corps moral comme les autres sociétés civiles.
Réfutation de l'opinion contraire de M. Toullier.
307. Cet auteur va jusqu'à nier l'existence du corps moral dans les sociétés ordinaires. Il est cependant certain que toute société civile ou commerciale est un corps moral.
308. La communauté a aussi ce caractère.
309. Objection de MM. Championière et Rigaud.
310. Il faut concilier, dans la société conjugale, le droit de la femme avec le droit du mari. Bien que le mari ait un droit suprême sur la communauté, il n'y en a pas moins société.
311. Suite.
312. Preuves que la communauté forme un corps moral.
313 Suite.
314. Suite. Citation de Lebrun.
315. Suite.
316. Suite.
317. Argument emprunté à la matière des récompenses, où sans cesse on distingue la communauté de la personne des époux.
318. Suite.
319. Argument tiré des articles 1410 et 1478.
Suite. Renvoi à d'autres aperçus.
320. Autre preuve.
321. Conclusion.
322. Du commencement de la communauté légale ou conventionnelle.
Ancien droit. Difficultés dont il était compliqué.
La communauté ne devrait-elle pas commencer au jour du contrat de mariage. — Raisons en faveur de ce système.
323. Réponse à ces raisons, et preuve que la communauté conventionnelle ne doit commencer qu'à partir de la célébration du mariage.
324 Suite.

COMMENTAIRE.

300. La communauté conjugale a été organisée par le Code civil sur des bases rationnelles, à la suite d'une longue expérience et avec une savante

pondération des droits respectifs des époux. Ce système de communauté, ainsi formulé et décrit par le législateur, est celui que l'on appelle ordinairement du nom de *communauté légale*, par la raison que les combinaisons en sont tracées d'avance par la loi. La loi ne s'est pas plu à rechercher des combinaisons nouvelles, et à les imposer aux populations comme le fruit d'une savante découverte ; elle a étudié au contraire les habitudes populaires, et elle a fait modestement passer dans le texte légal, les idées, les formes, les pratiques d'association préférées par la coutume des familles. Jamais loi n'a mieux mérité la définition de Montesquieu : *La loi est l'expression de la volonté générale*. C'est, en effet, l'usage libre et spontané des anciennes provinces coutumières qui a fait et organisé, dans son ensemble autant que dans ses détails, le régime de la communauté. Cette charte domestique n'est donc pas une charte octroyée : elle est sortie du sein même de la famille et de son mouvement naturel.

Est-ce à dire que la volonté des parties qui, en préférant ce régime à tout autre, a fait un acte éclatant de spontanéité, ne doit être compté pour rien dans ce choix? nullement. De deux choses l'une : ou les époux se sont mariés sans faire de contrat, ou en faisant un contrat, ils ont déclaré se soumettre à la communauté légale ; dans l'un et l'autre cas, cette communauté légale ne régit leur mariage que par une adhésion de leur volonté à la volonté de la loi. S'il n'y a pas eu de contrat, la communauté légale peut prendre le titre de *communauté con-*

ventionnelle tacite, que quelques auteurs lui donnaient jadis (1). S'il y en a un, on peut dire, aujourd'hui comme autrefois, que la communauté est conventionnelle et expresse (2). Mais comme la convention se réfère entièrement à la loi, il est d'usage de l'appeler plus simplement, communauté légale (3); car l'organisation du régime est dans la loi, et non dans la convention qui s'en est rapportée à la loi.

301. Un auteur dont les opinions sont presque toujours sages et mesurées, M. le professeur Odier, a cherché à tirer parti du texte de l'art. 1400 pour justifier une thèse jadis réfutée par Dumoulin et par Pothier, à savoir, que la communauté légale repose sur la seule force de la loi; et nullement sur une convention présumée des parties (4). Nous n'avons pas l'intention de revenir sur les développements auxquels nous nous sommes livré ci-dessus (5) pour conserver à l'opinion de Dumoulin et de Pothier l'autorité dont il nous semble que la jurisprudence moderne ne saurait s'écarter. Nous ne les rappelons ici que dans le but de montrer combien est fragile l'argument que l'art. 1400 offre à la thèse de M. Odier. Que veut dire l'art. 1400 quand

(1) Le Nouveau Denizart, v° *Communauté de biens*, § 1, n° 5.
(2) Pothier, *Communauté*, art. prélim., n° 9.
(3) Art. 1400, et la rubrique.
(4) N° 37.
(5) N°s 20, 21, 22 et suiv.

il range dans la communauté légale, et celle qui résulte d'un contrat dans lequel on déclare adopter le régime de la loi, et celle que les époux ont entendu former en adoptant tacitement le régime légal? Il ne veut dire rien autre chose, sinon que la communauté s'explique par les règles posées aux six sections suivantes. Mais il ne signifie pas que la volonté n'est pas la base première du régime matrimonial ; car si l'art. 1400 appelle communauté légale celle qui régit le mariage des époux, alors qu'ils ont fait expressément un contrat pour déclarer qu'ils entendent se marier sous le régime légal, combien sera plus décisive la valeur de cette même dénomination quand elle s'appliquera au cas où il n'y a pas de contrat? Le défaut de contrat n'empêche pas une volonté tacite. Mais comme cette volonté tacite se réunit à la volonté de la loi, on appelle le régime qui en est issu. communauté légale ; et cela avec d'autant plus de raison qu'on donne le même nom au cas, bien autrement marqué au coin de la convention, où un pacte positif est venu déclarer que le régime légal sera celui des époux.

En résumé, le Code civil appelle plus spécialement, communauté conventionnelle, celle qui déroge à la communauté légale par une de ces dispositions qui sont abandonnées à la liberté des parties. Quand les parties n'ont fait que se ranger au système de la loi, la communauté prend de préférence, d'après l'art. 1400, la dénomination de communauté légale ; elle la prend à plus forte raison quand les parties s'en sont référées tacitement au régime de

la loi. Mais cette dénomination de régime légal n'empêche pas que la communauté ne tire de la volonté des époux sa principale racine. La communauté légale implique toujours une convention tacite dont on ne saurait nier l'existence. Nous verrons plus bas que l'art. 1496 est basé sur cette idée (1).

En voilà assez sur ce point ; nous craindrions de nous appesantir sur des questions de mots.

302. La communauté est une société d'intérêts formée entre l'homme et la femme (2) ; elle peut rentrer, à quelques égards, dans la définition que l'art. 1832 donne du contrat de société. Sans doute, quand les époux mettent en commun leurs apports, soit pécuniaires, soit industriels, le but primitif et essentiel de cette union est moins de faire des bénéfices et de les partager, que de supporter les charges du mariage. Ce serait méconnaître le caractère sacré du mariage, que de placer à sa base l'intérêt et le profit ; c'est l'amitié et l'esprit de famille qui sont les premiers mobiles du mariage (3). Cependant l'idée de bénéfices à faire n'est pas tout à fait étrangère à l'association des époux ; ils ont l'espérance d'un progrès qui s'obtiendra par leur économie, leur bonne conduite et leurs communs efforts.

---

(1) *Infrà*, n° 2212.

(2) Art. 1525 C. civ.

(3) Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 31. et aussi n° 1.
Je cite Louet, t. 2, p. 582,
Et *suprà*, n° 6 et suiv.

C'est cette espérance qui donne à la communauté tant d'avantages sur les autres régimes ; car elle éveille l'activité des deux époux; elle stimule leur sollicitude ; elle fait naître de l'effort une progression dans le bien-être. C'est tirer un bon parti du côté intéressé de l'association conjugale. Sous ce rapport, donc, elle se rapproche, sinon en premier ordre, du moins par des rapports secondaires, du contrat de société.

303. Mais cette société n'est pas entièrement gouvernée pàr les règles ordinaires des sociétés du droit commun ; la nécessité de rendre les contrats de mariage libres et faciles a permis de s'écarter, dans ce but d'utilité publique, de quelques principes auxquels les sociétés sont soumises (1). Quelquefois aussi la crainte des fraudes a fait introduire dans la communauté des exceptions à ce qui se pratique dans les sociétés civiles : témoin l'art. 1521 du Code civil (2). D'un autre côté, dans l'association conjugale, il y a un chef donné par la nature, et qui tient de son sexe et de son autorité native, des pouvoirs auxquels ne peuvent se comparer les pouvoirs du gérant d'une société ordinaire. Mais, par contre, pour ne pas subjuguer la femme sous une puissance tyrannique, il a fallu lui donner certains priviléges qui

---

(1) V. art. 1837 et 1526.

(2) *Infrà*, nos 2147 et 2148.
Mon comm. *de la Société*, t. 2, n° 634.

sont incompatibles avec les règles des sociétés ordinaires, par exemple : le privilége de renoncer à la communauté. Enfin, on verra bientôt que la communauté n'a pas une existence dont le commencement et la fin soient laissés à la volonté des parties, ainsi que cela peut avoir lieu dans les sociétés ordinaires : elle ne peut commencer qu'avec le mariage, elle ne peut finir qu'avec lui, si ce n'est dans le cas de séparation judiciaire.

En un mot, au milieu de beaucoup de principes communs, la société conjugale et les autres sociétés se distinguent par des diversités qui font de la première une société *sui generis*. Elle est une société spéciale à cause de son but, qui est avant tout de fonder une famille par l'affection, et de la soutenir : elle est aussi une société spéciale à raison des conséquences qui découlent de cette cause, toute particulière au contrat de mariage (1).

304. C'est parce que la société conjugale est une société *sui generis*, qu'il est admis en jurisprudence que l'art. 1855 du Code civil ne lui est pas applicable ; de telle sorte que rien n'empêche que les dispositions du contrat de mariage, ouvrage de la plus entière liberté, n'accordent à l'un des conjoints les avantages de la communauté, sans qu'il coure les chances de perte (2).

---

(1) V. l'art. 1579.

(2) M. Rodière et Pont, t. 1, n° 297.

Par exemple :

Un contrat de mariage peut stipuler que, faute d'inventaire, les héritiers du prémourant auront la faculté de continuer la communauté jusqu'au décès du dernier mourant, et cependant leur réserver le droit d'user, en vertu du droit commun, de la faculté de renoncer à cette continuation de communauté, et de préférer la communauté telle qu'elle existait au moment du décès du prémourant. Par là, les héritiers ont un droit d'option en vertu duquel ils peuvent préférer la communauté continuée, si elle leur est avantageuse, ou en répudier les charges si elle est onéreuse, et s'en tenir à la communauté légale. Il leur est loisible de demander la part de leur auteur, sans qu'on puisse leur opposer que cette faculté d'option laisse subsister une inégalité de position entre eux et l'autre époux, inégalité contraire à toute société bien ordonnée. La société conjugale repose sur des idées différentes, et les règles de l'article 1855 ne la gouvernent pas (1). Le partage des bénéfices n'en est pas l'essence ; il faut voir, avant tout, l'affection des époux, et leur volonté d'arriver, par des accommodements libres et faciles, à fonder une famille.

305. Voici une autre différence. Dans les sociétés ordinaires, un associé n'oblige la société qu'autant

(1) Cass. 17 février 1829 (Dalloz, 29, 1, 150 et 151).

qu'il s'est obligé lui-même, *nomine sociali*. Le titre d'associé n'est pas un titre universel. En dehors de la société dont il fait partie, un des associés a une foule d'affaires qu'il gère en son propre et privé nom (1). La société est étrangère à ce que l'associé a fait en son propre et privé nom. Les tiers qui ont suivi sa foi, et non la foi de la société dont le nom n'a pas été prononcé, n'ont action que contre lui seul. Ils n'ont la société pour obligée que lorsque l'associé, ayant un pouvoir suffisant, a engagé la foi sociale et contracté sous le nom même de la société (2).

Tels sont les principes du droit commun. Ils sont justes et équitables ; ils protégent les sociétés contre des abus redoutables, et préviennent la confusion des intérêts les plus distincts. Sans cette séparation établie entre les affaires sociales et les affaires privées des associés, il n'y aurait pas de société qui pût conserver la liberté de ses allures, la sûreté de ses mouvements.

Dans la communauté conjugale, il en est autrement. Le mari, chef du ménage et de la société conjugale, oblige la communauté envers les tiers pour toutes les dettes quelconques, même pour celles qui sont le plus étrangères à l'intérêt commun des époux, même par ses délits (3). Nous insisterons

---

(1) Mon comm. *de la Société*, t. 2, n° 772.

(2) *Id.*, n° 805.

(3) *Infrà*, art. 1409.

plus tard sur cette vérité (1) : il nous suffira de dire ici que le mari étant chef de la communauté, et sa qualité étant inséparable de sa personne et de ses actes, il est impossible qu'il n'agisse pas comme chef de cette communauté, dont il est la personnification constante. Dès lors, la communauté est sans cesse obligée par les actes qui émanent de lui.

306. C'est ici le moment d'examiner si la communauté forme un corps moral, de même que les autres sociétés civiles et commerciales admises par le droit commun.

M. Toullier soutient avec force la négative (2). Ériger la communauté conjugale en personne morale, placée entre les deux époux, ayant des droits distincts, c'est, suivant cet auteur, confondre toutes les notions de jurisprudence ; c'est consacrer les résultats les plus absurdes, et, par exemple, faire déchoir le mari de sa qualité éminente de propriétaire de ses propres, pour en faire un administrateur de ces mêmes propres dans l'intérêt de la communauté, propriétaire de la jouissance ; c'est affaiblir, ou, pour mieux dire, c'est effacer cette vérité admise de tout temps, savoir, que le mari est seigneur et maître de la communauté. Comment serait-il possible dès lors qu'il ne fût que le simple administrateur de cette communauté, seule propriétaire

---

(1) *Infrà*, n°s 718 et 720.
(2) Tome 1, n° 82.

de tout? Rationnellement, cette thèse n'est pas soutenable; de plus, elle ne s'appuie sur aucun texte; elle est nouvelle, et l'on doit repousser l'erreur de MM. Delvincourt (1), Leguevel (2) et Proudhon (3), qui l'ont enseignée (4).

307. Nous allons examiner le mérite de ces observations de M. Toullier. Mais avant tout, nous voulons faire remarquer une grave inadvertance de M. Toullier, qui va jusqu'à nier que les sociétés civiles et commerciales ordinaires forment un être moral, une tierce personne placée entre les associés. On ne peut expliquer que par la décadence d'un esprit jadis éminent, l'oubli d'une vérité si universellement admise en jurisprudence, savoir, que la formation d'une société érige en même temps un être moral qui se distingue des associés. *Aliud est corpus unius societatis, et aliud est quilibet socius ipsius societatis* (5). Telle est la règle universellement admise depuis les lois romaines jusqu'à nos jours. Dans les sociétés ordinaires, il est de principe que la société constituée est un être fictif, qui a son existence propre, et dont les droits ne se confondent pas avec les droits des associés. J'ai exposé ce point dans mon

---

(1) T. 1, p. 528.
(2) Dissert. sur l'art. 585 C. civ., p. 19 et 20.
(3) *Usufruit*, t. 1, n° 279.
(4) *Junge* M. Duranton, t. 14, n° 96.
(5) Scaccia, § 1, *quæst.* 1, n° 450.

commentaire *de la Société* (1); il me paraît incontesté aujourd'hui dans la jurisprudence.

308. Ceci admis, vient maintenant l'autre question : la communauté conjugale doit-elle être assimilée sous ce rapport aux sociétés civiles? On vient de voir que l'affirmative compte pour ses défenseurs de graves autorités.

309. Mais, d'un autre côté, MM. Championière et Rigaud enseignent que la communauté conjugale ne suppose pas, comme les autres sociétés, l'existence d'un être moral qui se place entre les associés et possède les choses communes (2); la raison qu'ils en donnent, tout le monde le pressent, c'est que, durant le mariage, le mari seul est propriétaire de tout ce que la loi qualifie bien de communauté dans la prévision d'une communauté future. C'est aussi le sentiment très-tranché de M. Zachariæ (3) et de MM. Rodière et Pont (4).

310. La difficulté en cette matière tient à la nature exceptionnelle des droits du mari sur la communauté. S'il était vrai que le mari fût seigneur et maître de la communauté dans le sens absolu des

---

(1) Tome 1, nos 58, 59, 60 et suiv.
(2) *Traité des droits d'enregistrement*, t. 4, n° 2835.
(3) Tome 3, p. 407, § 505, et note 1.
(4) Tome 1, n° 296.

mots, il serait, en effet, fort difficile de voir dans la communauté cet être moral qui apparait dans les sociétés ordinaires. Mais nous enseignerons plus tard (1), que la maîtrise du mari se concilie avec le droit de la femme, droit inerte sans doute tant que dure le mariage, mais qui cependant tempère par sa coexistence le droit du mari, et montre deux intérêts collectifs, et non pas un intérêt unique.

311. Ce n'est donc pas avec des idées absolues qu'il faut aborder notre question, de même que toutes celles qui se rattachent à cette difficile conciliation de l'existence d'une société et du droit suprême du mari. Toutes les fois que la communauté se montre comme société, elle a, à notre avis, tous les caractères de cet être collectif que l'on trouve dans les sociétés ordinaires; mais lorsque le côté social s'efface pour laisser dominer le pouvoir du mari, il n'est plus besoin de rechercher l'existence de l'être moral; on n'a pas d'intérêt à le mettre en lumière.

On le sait : la personne abstraite sous la forme de laquelle apparaît la société, n'est qu'une fiction du droit civil; et cette fiction n'a été introduite par l'ingénieuse sagacité des jurisconsultes, que pour faire mieux discerner les droits de chacun quand ils sont opposés ou mélangés (2). Or, les fictions

---

(1) Sur l'art. 1421, nos 854 et suiv.

(2) Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 70.

ne doivent jamais être étendues hors de leur limite nécessaire. Lors même que l'on est en présence d'une société ordinaire, il y a des cas où la fiction dont il s'agit, fait place à la vérité, et où chaque associé se montre comme copropriétaire vrai (1). Il en est de même, à plus forte raison, dans la communauté conjugale, où l'un des époux a si souvent le rôle de maître et seigneur, et où il agit souverainement. Il suit de là que la personne fictive pourra se montrer plus rarement dans la communauté, que dans les autres sociétés. Ainsi l'exige son organisation exceptionnelle; mais je ne voudrais pas dire avec MM. Toullier, Zachariæ, Championière et Pont que la personne métaphysique n'existe jamais dans la communauté. Je vois plusieurs cas où, pour prévenir la confusion, il est bon de la faire ressortir (2).

312. C'est pourquoi un arrêt de la Cour de cassation du 29 novembre 1827 conduit à l'idée du corps moral (3): il décide que lorsque le mari et la femme s'obligent solidairement avec un autre codébiteur vis-à-vis d'un tiers, ce n'est pas le mari et la femme qui sont débiteurs pour leur part et portion de cette obligation ; la dette est celle de la communauté dont le mari est le chef; la femme n'est que caution.

---

(1) Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 70.
(2) *Infrà*, n° 614.
(3) Dalloz, 28, 1, 37.

L'idée du corps moral se trouve aussi dans beaucoup d'arrêts, notamment dans un arrêt de Rouen du 11 mars 1846 (1).

313. Pour fortifier cette proposition, on peut ajouter que quand quelque chose appartient à une communauté du chef d'un des conjoints, par exemple, une succession mobilière, le droit de la communauté est tellement distinct, qu'il est au-dessus de tout obstacle de compensation qui pourrait venir du chef du conjoint : ou que du moins, si la compensation a lieu, le conjoint en doit la récompense à la communauté (2).

314. C'est ce qui fait dire à Lebrun (3) : « Jamais » l'intérêt particulier du conjoint ne fait brèche à » un juste intérêt de la communauté, comme jamais » l'intérêt de la communauté ne prévaut à un droit » légitime d'un des conjoints. »

315. De plus, la communauté est si bien une tierce personne, qu'elle apparaît comme un dépositaire, pour rendre ce qu'elle a reçu en vertu de l'action en reprise qui s'exerce contre elle à la dissolution (4).

---

(1) Devill., 46, 2, 504.

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 5, *dist.* 1, n° 67, p. 94

(3) *Loc. cit.*, n° 66.

(4) *Id.*, n° 67.
Infrà, n° 1612.

Elle peut être débitrice envers la femme ou envers le mari ; elle peut être créancière de l'un et de l'autre.

316. La communauté se dessine encore comme tierce personne dans la situation que voici : le mari et la femme, conjointement avec un étranger, contractent une dette envers un créancier. Croit-on que l'obligation sera tripartite, qu'il y aura un tiers pour le mari, un tiers pour la femme, un tiers pour l'étranger? non, la communauté doit la moitié et l'étranger doit la moitié. Le mari et la femme réunis dans une même personnification ne valent que pour une part. *Conjuncti unius personæ potestate funguntur* (1).

317. La communauté ne se montre pas moins comme tierce personne dans toute la matière des récompenses, où tantôt ce sont les époux qui sont débiteurs personnels envers la communauté (2), tantôt c'est la communauté qui est débitrice envers les époux (3).

318. C'est pourquoi on a décidé qu'avant les

---

(1) L. 34, D., *De legat.*, 1°.
Lebrun, p. 216, n° 16.
Infrà, sur l'art. 1487, et l'arrêt de Cass. cité.
(2) Art. 1437.
Infrà, n° 1612.
(3) Art. 1433.

comptes et le partage, les héritiers du mari n'ont pas le droit de poursuivre les tiers détenteurs des acquêts; la communauté, tierce personne, a seule ce droit. On s'exposerait à adjuger aux héritiers du mari une chose que peut-être les comptes ou les prélèvements absorberont (1). Il n'y a que la communauté, personne distincte, être moral, qui puisse agir en revendication.

319. Il faut encore distinguer les époux de la communauté, 1° dans l'article 1478, où l'on voit les époux créanciers personnels l'un de l'autre, abstraction faite de la communauté ; 2° dans l'article 1410, où la communauté envisagée comme tierce personne, n'est pas liée par les engagements de la femme qui n'ont pas date certaine avant le mariage (2). On pourra consulter aussi ce que nous disons *infrà*, n° 781, d'une hypothèse où la communauté joue le rôle d'un tiers. Enfin, nous montrons aux n°s 1046, 1794 et 1612, que le système de liquidation de la communauté adopté par le Code civil, repose sur l'idée du corps moral.

320. La communauté forme si bien un corps distinct, que les créanciers personnels de la femme sont primés par les créanciers de la communauté, sur les effets de la communauté, de telle sorte que si les ré-

---

(1) Dijon, 6 février 1836 et 9 février 1844 (Devill., 44. 2, 121).

(2) *Infrà*, n°s 764 et 771.

compenses dues à la communauté absorbent tout l'actif, les créanciers personnels de la femme n'ont rien à prétendre dans cet actif. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1837 (1). Une femme Lordon était débitrice d'un sieur Loustau. A la dissolution de la communauté, celui-ci crut pouvoir faire saisir-arrêter une créance dépendante de la communauté, pour la part qu'y avait sa débitrice. Mais il fut décidé que Loustau ne pouvait avoir de droits qu'autant que les dettes de la communauté auraient été liquidées, et qu'après cette liquidation, la créance entrerait pour tout ou pour moitié dans le lot de la veuve. Or, un partage de bonne foi avait fait cette liquidation et avait établi que les créances de la communauté absorbaient l'actif, et qu'il ne revenait rien à la dame Lordon. Le sieur Loustau fut donc repoussé dans son action.

321. Tous ces exemples prouvent évidemment qu'on ne saurait, sans erreur, écarter de la communauté la présence de cet être métaphysique distinct, qui apparaît dans les sociétés ordinaires. Vainement dit-on que la communauté se personnifie dans le mari seul; que tant qu'elle existe, il n'y a pas de tierce personne, puisqu'elle se résume dans l'une des deux personnes qui la composent; qu'en un mot, la communauté s'absorbe dans le mari. Je ré-

(1) Devill., 37, 1, 107.
V. *infrà*, sur l'art. 1476, aff. Lordon, n° 1681

ponds que s'il est vrai que le mari soit toujours le représentant, le mobile, l'élément actif de la communauté (à peu près comme est le gérant d'une société, toute différence gardée dans l'étendue des pouvoirs), il n'est pas vrai qu'il soit, dans tous les cas et absolument, la communauté même, puisqu'il a des droits distincts d'elle, puisqu'il peut être son créancier, ou son débiteur.

Voici donc notre dernier mot : nous ne ferons pas surgir la personne morale pour l'opposer au mari dans tous les cas où les droits du mari sont prédominants. Mais toutes les fois qu'il faudra distinguer le mari de la communauté, nous considérerons la communauté comme un être métaphysique qui viendra se signaler pour mieux mettre en évidence des droits et des intérêts qu'il est important de ne pas confondre.

522. Voyons maintenant quand commence la communauté, soit légale, soit conventionnelle.

Le point initial de la communauté conventionnelle faisait, dans l'ancienne jurisprudence, l'objet de sérieuses difficultés (1). Plusieurs estimaient qu'elle était censée en vigueur à partir du contrat. Les fiançailles, disaient-ils, et les accords matrimoniaux sont, dans beaucoup de cas, égalés au mariage lui-même. Ulpien voulait que les promesses qui ont

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 4, nos 2 et suiv.

trait à cet important contrat, fussent aussi sacrées que le contrat lui-même : *neque matrimonium, neque spem matrimonii violare permittitur* (1).

C'est pourquoi l'hypothèque de la femme date du jour de son contrat et non pas du jour de son mariage (2). Quelle injustice n'y aurait-il pas à ce qu'un mari qui a promis communauté à sa future, pût, dans l'intervalle du contrat à la célébration, convertir ses capitaux en immeubles et les soustraire à la communauté ! Ces exemples de conversions se sont vus dans la pratique, et la jurisprudence les a condamnés en faisant entrer en partage les acquêts ainsi faits en fraude de la communauté (3). Il semble donc que le vrai point de départ de la communauté conventionnelle, ce n'est pas la célébration, c'est le contrat.

Tels étaient les raisonnements spécieux par lesquels quelques jurisconsultes tentaient de rattacher le principe de la communauté conventionnelle au contrat lui-même.

323. Mais leur opinion n'a jamais été dominante (4). En effet, malgré leurs raisons, il est plus logique et plus sûr de donner à la communauté pour

---

(1) L. 13, § 3, D., *Ad leg. Jul., de adult.*

(2) Mon comm. *des Hypothèques*. t. 2. n° 579.

(3) Arrêt du 15 octobre 1677.
Vigier sur Angoumois, art. 40, n° 3.
Infrà, n°s 568 et 569.

(4) *Infrà*, n°s 568 et 569.

point de départ, la célébration du mariage. Quelles sont les causes de la communauté ? ce sont la vie commune, la collaboration commune, l'application aux mêmes travaux. Tout cela ne commence qu'avec le mariage même, de telle sorte qu'il faut reconnaître que le contrat porte en lui-même le principe d'un délai, d'une remise jusqu'après la célébration. Car il n'est pas dans l'intention des parties de cohabiter en ménage commun, avant le mariage célébré (1).

On parle des inconvénients de ce système, des fraudes auxquelles il ouvre la voie, des dangers dont il est accompagné. N'exagérons rien dans une matière où la vraie limite est si nécessaire à garder. Le dol est plus difficile à pratiquer qu'on ne pense, dans les circonstances où se trouvent les époux. L'œil est ouvert sur eux ; ils sont observés avec une curieuse surveillance, et leurs moindres actes sont l'objet d'une attention particulière. Si l'un d'eux manque à la foi promise dans l'intervalle qui précède la célébration, la peine de cette mauvaise action n'est pas difficile à trouver. Il est temps encore de rompre les accords : une épreuve salutaire sera venue à propos pour éclairer l'autre époux sur la moralité de celui qui lui avait fait illusion. Que si la conversion des capitaux en immeubles est moins un calcul frauduleux qu'une spéculation avantageuse commandée par l'opportunité, il est loisible aux parties de rectifier le contrat de mariage. Après tout, rien

(1) Lebrun, liv. I, chap. 4, nos 5 et 6.

ne défend de ménager à la communauté future un dédommagement pour le préjudice que la conversion lui fait éprouver. Ce n'est pas parce qu'elle existe déjà que ce dédommagement lui est dû ; c'est parce que, devant exister un jour sur des bases arrêtées d'avance, on ne saurait en changer les conditions (1).

324. Quant au motif tiré de la date de l'hypothèque, il ne supporte pas l'attention. L'hypothèque est une sûreté donnée à la femme ; rien n'empèche qu'elle ne précède la communauté, et qu'elle ne s'appesantisse sur la chose du mari avant qu'il n'ait rien reçu effectivement. Un débiteur peut donner par anticipation, des gages qui devancent l'obligation à terme (2). Mais la communauté, c'est-à-dire la collaboration des époux ne saurait commencer avant que le mariage ne les ait placés à côté l'un de l'autre et réunis au foyer domestique. A la raison légale vient s'ajouter une raison morale de retenue, de décence et de pudeur, qui ne permet pas encore aux époux d'agir comme s'ils étaient communs.

325. Quant à la communauté légale, il n'est pas nécessaire de chercher des raisons différentes pour en faire la suite naturelle et nécessaire de la célébration. Tel était le droit commun consacré par

---

(1) V. art. 1404 et nos 568 et 569.
(2) Lebrun, *loc. cit.*, no 13.

la coutume de Paris (1) et par la coutume d'Orléans (2), lesquelles ont toujours passé pour les plus sages et les mieux coordonnées aux progrès de la jurisprudence (3).

326. Mais dans d'autres coutumes moins perfectionnées, on ne se contentait pas de la célébration; on exigeait la consommation même du mariage, et ce n'était qu'au coucher que la femme acquérait communauté (4). Delaurière pense que tel fut aussi le droit suivi dans les coutumes mêmes qui, plus tard et lors de la réformation, se contentèrent de la célébration nuptiale (5). Cette conjecture n'est pas invraisemblable; elle est d'accord avec les mœurs barbares du moyen âge, avec ce droit matériel qui n'avait foi dans le consentement que lorsqu'il s'appuyait sur le fait, et qui, obéissant à des croyances grossières, ne pouvait concevoir la communauté sans la cohabitation réelle. D'après cette jurisprudence, si le mari venait à mourir avant le coucher, le mariage, quoique célébré, ne produisait pas de

---

(1) Art. 220.

(2) Art. 186.

(3) *Junge* Valois, art. 94.

(4) Nivernais, t. 23, art. 2.
Berri, *des Mariages*, art. 7.
Sens, art. 272.
Auxerre, 190.
Bourgogne, art. 21.

(5) Sur Paris, art. 220.

communauté. On sait qu'un matérialisme analogue avait longtemps régné en fait de douaire. *Le douaire ne se gagne qu'au coucher*, disait un brocard célèbre par son énergie.

Lors de la réformation des coutumes, ce droit fut modifié; les légistes rappelèrent le principe de la jurisprudence romaine, *Nuptias non concubitus, sed consensus facit.* Ils invoquèrent la loi 15, D., *De cond. et demonst.*, d'après laquelle l'épouse conduite solennellement dans la maison de son mari, a mérité le legs à elle fait à condition de se marier, quand même l'époux serait décédé avant la consommation; les lois 6 et 7, D., *De ritu nuptiar.*, qui obligent la veuve à porter le deuil de celui qui n'a été son mari que par le consentement; enfin le droit canonique, qui enseignait que le mariage s'accomplit par le consentement et par les paroles du prêtre (1). Le droit commun fut dès lors que la communauté dépendait de la célébration (2); l'on interpréta même en ce sens les coutumes qui parlaient encore de la consommation (3).

527. Mais si c'était là le droit commun, ce n'était pas le droit universel. D'autres coutumes avaient un système différent : elles rattachaient la communauté d'entre mari et femme à la commu-

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 4, nos 27 et suiv.
(2) Paris, art. 220.
(3) Coquille sur Nivernais, *loc. cit.*

nauté d'habitation pendant l'an et jour. Écoutons le grand coutumier :

« *Nota* que, par usage et coutume, deux conjoints » ou associés demeurant ensemble par an et jour » sans faire division ou protestation, ils acquièrent » l'un avec l'autre communauté quant aux meubles » et conquêts (1). » Ainsi, ce n'était que lorsque les époux avaient uni leur collaboration et leur industrie pendant l'an et jour, qu'ils devenaient communs au bout de ce temps. Le mariage n'était pas suffisant à lui seul pour engendrer la communauté ; il fallait que les époux eussent demeuré ensemble l'an et jour. La communauté conjugale ne différait pas sous ce rapport des communautés tacites que nous avons décrites dans notre commentaire *de la Société* (2) : communautés très-répandues dans toute la France, et qui s'établissaient entre parents, et surtout entre frères, par une vie commune, continuée pendant l'an et jour dans la même demeure et dans un ménage commun. On peut peut-être conclure de ce fait que la communauté entre époux et les communautés tacites procédaient de la même souche et reposaient sur les mêmes idées. Nous avons examiné ce point historique dans notre *Préface* de ce commentaire.

328. Ce droit, constaté par le grand coutumier,

---

(1) Liv. 2, chap. 40.

(2) Préface, p. xlvij.

se conserva dans plusieurs coutumes ; je cite les coutumes de Bretagne (1), de Chartres (2), Château-Neuf en Thimerais (3), Dreux (4), Lodunois (5), Perche (6), Grand-Perche (7), Anjou (8), Maine (9). C'était une partie considérable de la France coutumière, de celle surtout qui, plus éloignée du mouvement des villes, avait conservé avec plus de fidélité les usages primitifs. Le progrès introduit par les coutumes de Paris et d'Orléans n'y avait pas pénétré (10). Si le mariage n'avait pas duré l'an et jour, la femme ou ses héritiers ne reprenaient que ce qu'elle avait apporté en mariage (11).

329. Ainsi donc, trois systèmes se rencontrent dans l'ancien droit sur le point initial de la communauté légale : 1° nécessité d'une cohabitation con-

---

(1) Art. 424.
(2 Art. 57.
(3) Art. 66.
(4) Art. 48.
(5) Chap. 24, art. 1.
(6) *Des Communites*, art. 4.
(7) Art. 102.
(8) Art. DXI.
(9) Art. DVII.
(10) Pasquier a donc grand tort de dire dans ses *Institutes*, publiées par les soins de M. le chancelier Pasquier (p. 361) : « La nature de la communauté est celle que dessus, par *toutes* » *les communes de France*, à savoir, *que du jour de la bénédic-* » *tion nuptiale, le mari et la femme sont communs*, etc. »
(11) Ferrières sur Paris, art. 220.

tinuée pendant l'an et jour ; 2° retranchement de l'an et jour, mais nécessité de la cohabitation jointe à la célébration du mariage ; 3° retranchement de la cohabitation effective, et puissance donnée à l'acte civil et religieux de la célébration de produire la communauté légale.

C'est entre le premier et le troisième système que la France coutumière se trouvait partagée quand on s'occupa du Code civil.

Il n'y avait pas d'apparence que ce Code adoptât le premier système plutôt que celui de la coutume de Paris. Le but principal des rédacteurs du Code civil était d'améliorer (1). Or, c'eût été rétrograder que d'imposer à la France le dernier système que nous venons d'exposer ; car il laisse en suspens le régime des époux, et fait dépendre d'un événement incertain une chose qui doit être certaine *ab initio*. Comme le projet du Code ne fixait pas l'établissement d'un point fondamental en cette matière, le Tribunat demanda l'insertion d'un article spécial qui consacrât la règle de la coutume de Paris (2). De là l'art. 1399 : la célébration devant l'officier de l'état civil détermine le commencement de la communauté, soit conventionnelle, soit légale.

Autrefois, c'était le mariage ecclésiastique qui était le point de départ. On sait qu'il avait une action

(1) M. Berlier (Fenet, t. 13, p. 549).
(2) Fenet, t. 13, p. 606.

égale et simultanée sur le spirituel et le temporel. Aujourd'hui, la loi ne reconnaît que le mariage civil pour tout ce qui concerne les effets civils de l'union conjugale; le mariage a été sécularisé. Mais la liberté de conscience laisse à chacun le droit de joindre les cérémonies de l'église à la célébration civile.

330. Du principe posé par l'art. 1399, il suit que la convention expresse ou tacite de communauté ne reçoit pas de terme autre que la célébration, et que le contrat de mariage est impuissant pour assigner à la communauté un autre point initial. Ceci est d'ordre public. Sans quoi il n'y aurait pas unité et immutabilité dans ce régime. On passerait d'un état à un autre état, d'un système à un autre système; la charte conjugale varierait avec le temps, et les tiers seraient exposés à des surprises.

On ne peut donc stipuler que la communauté commencera dans cinq ans, dans dix ans; on ne peut stipuler non plus, en remettant en vigueur des coutumes abolies (1), qu'elle commence au bout de l'an et jour: de tels pactes sont incompatibles avec l'art. 1399 du Code civil.

331. A plus forte raison repousserait-on les pactes qui feraient dépendre la communauté d'une condition potestative, par exemple : qu'il sera permis au mari

(1) *Suprà*, n° 328.

d'admettre sa femme à la communauté durant cinq ans, ou un autre terme (1). Brodeau enseigne cependant (2) qu'un tel pacte pourrait se soutenir, attendu que le mari, en rendant sa femme participante à la communauté, ne ferait que rentrer dans le droit commun: il cite un arrêt du parlement de Paris, du 27 juillet 1634, qui l'a ainsi décidé. Mais cette opinion, contraire du reste à celle de Dumoulin (3), ne paraissait pas juridique à Lebrun (4); et, en effet, elle est incompatible avec le principe qui veut que la communauté ne soit pas livrée à l'incertitude et surtout au caprice du mari. Voici, au reste, l'axiome de Dumoulin : « *Non potest vir sibi reservare potes-* » *tatem, de l'appeler à la communauté (ut Chorier et alii).* »

332. Mais du moins ne pourrait-on pas laisser la communauté en suspens jusqu'à l'événement d'une condition casuelle, comme, par exemple, jusqu'au gain d'un procès? La raison de pencher vers l'affirmative est que l'événement de la condition a un effet rétroactif, et que si elle se réalise, on ne peut pas dire que la communauté commence à une époque autre que l'époque du mariage; c'est pourquoi Lebrun approuve cet établis-

---

(1) Lebrun, p. 21, col. 1.
(2) Sur Louet, lettre M, *somm.* 4, n° 5.
(3) Sur Paris, § 110, n° 4.
(4) *Loc. cit.*

sement conditionnel de la communauté (1). C'est aussi l'avis de Renusson, qui estime que la communauté peut être subordonnée à la condition qu'il y aura des enfants nés du mariage, ou que la femme survivra au mari (2). MM. Toullier (3) et Duranton (4) ont adopté pour le Code civil la même doctrine.

Je ne puis cependant m'y ranger (5).

Tout doit être fixe et stable dans le régime matrimonial. La famille, les tiers, les époux eux-mêmes, ne sauraient s'accommoder d'un état provisoire, dépendant d'un hasard. Il y aurait donc durant le mariage une période où les époux ignoreraient s'ils sont communs, ou s'ils ne le sont pas! Comment croire que la sagesse du législateur se prête à de telles incertitudes? Le discours du tribun Duveyrier donne clairement à entendre que la loi nouvelle a voulu proscrire ces pactes, et que la communauté doit nécessairement commencer à l'instant même où se célèbre le mariage (6).

333. Nous avons dit que le point initial de la communauté dépend de la célébration du mariage :

---

(1) Liv. 1. chap. 3, n° 10, p. 21.

(2) Part. 1, sect. 1, n° 1, et chap. 4, n° 8.

(3) Tome 12, n° 84.

(4) Tome 14, n° 97.

(5) *Infrà*, n° 2178.
Junge MM. Rodière et Pont, t, 1, n° 82

(6) Fenet, t. 13, p. 716.

quelques jurisconsultes ont cependant enseigné que c'est plutôt la fin que le commencement du mariage qui doit être pris en considération pour se faire des idées justes sur la communauté; car, disent-ils, pendant le mariage il n'y a pour la femme ni communauté, ni copropriété actuelle. C'est le mari qui est seigneur et maître de la communauté; il vit comme maître, il meurt comme commun. A la dissolution de la communauté seulement, commence le droit de la femme; jusque-là elle n'avait qu'une expectative, une espérance qui a pris date au jour de la célébration du mariage, et c'est à cette espérance que l'art. 1399 fait allusion. Cet article donne à la femme l'espérance de devenir commune ou copropriétaire. Mais, pendant le mariage, la femme n'a pas de communauté ni de copropriété sur les meubles et les acquêts : le mari est tout, la femme n'a rien qu'une espérance ; *non est propriè socia, sed speratur fore*. Loin donc que la communauté conjugale commence avec l'union conjugale, elle ne s'ouvre que lorsque celle-ci finit (1). Partant de là, les auteurs en question reprochent à l'art. 1399 d'être allé trop loin dans sa formule, et d'avoir imité la rédaction imparfaite de la coutume de Paris (2). Comment l'art. 1399 peut-il dire que la communauté commence au mariage? S'il

(1) M. Toullier, t. 1, n°s 74 et suiv.
MM. Championnière et Rigault, t. 4, n° 2835.
(2) Art. 220.

est vrai que le mari soit seigneur et maître de la communauté pendant le mariage, il est vrai par voie de conséquence, qu'il n'y a pas encore de communauté; car la communauté suppose deux copropriétaires, et ici, il n'y a qu'un maître unique. L'art. 1399 eût mieux fait d'imiter la sage réserve de la coutume de Blois, qui s'est bien gardée de dire que les époux sont communs en biens, et qu'il y a communauté entre eux pendant le mariage (1); elle dit que les meubles et les acquêts sont à la pleine disposition du mari, pour en disposer comme un vrai seigneur de sa propre chose, sauf, à la dissolution du mariage, à partager ce qu'il y aura. Qu'importe au surplus? ce sont là des inconvénients de rédaction qui ne changent rien au fond des choses.

J'ai résumé en peu de mots une dissertation assez longue dans laquelle M. Toullier soutient ce paradoxe. Rien n'est plus inexact qu'une telle manière de voir. Il est, en ce sujet, deux idées parallèles qu'il faut concilier, et que M. Toullier n'a pas su faire marcher d'accord, aimant mieux sacrifier l'une à l'autre. La communauté existe dès le mariage: voilà la vérité consacrée par notre article. Mais le droit de la femme est dominé par le droit du mari: il est inerte; il est habituel, comme disent les anciens jurisconsultes; il sommeille pendant le mariage pour se réveiller à la dissolution. Toutefois, il n'en

(1) Art. 178 et 182,
Et Portanus, sur cet article.

existe pas moins comme droit parfait, et aucun reproche sérieux ne saurait être adressé à l'art. 1399. Comme nous serons obligé de revenir sur cette thèse dans notre commentaire de l'art. 1421, nous ferons ressortir alors, par plus de développements, cette situation de la femme, qui a donné lieu à l'erreur de M. Toullier.

334. Après cela, nous conviendrons que la dissolution du mariage exerce une grande influence sur la communauté et donne une couleur nouvelle au droit des époux ; nous ajouterons même avec Lebrun que puisque la femme peut renoncer à la communauté, *il faut dire que la communauté dépend toujours de sa fin* (1). Mais ce n'est pas une raison pour ne pas avoir égard à son commencement, et pour mettre ce commencement à la fin.

335. Maintenant qu'il est bien entendu que le premier moment de la communauté est à la célébration du mariage, faisons remarquer que le mariage ne produit cet effet qu'autant qu'il est valable. C'est au mariage revêtu de toutes les conditions de légalité, que l'art. 1399 attache une conséquence si décisive sur le régime matrimonial ; mais un mariage nul ne donne pas naissance à la communauté légale (2). *Nec vir, nec*

---

(1) Page 16, n° 54.

(2) Dumoulin sur l'art. 49 de la coutume d'Angoumois, p. 752, et sur l'art. 94 de la coutume de Valois, p. 702.

uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur (1). Toutefois, il faut faire exception à cette règle en faveur de l'époux de bonne foi (2). On peut se reporter à ce que nous avons enseigné ci-dessus sur cette matière (3).

336. Mais que dirons-nous du cas où un contrat de mariage sera intervenu entre les époux, et où leur union vient à s'écrouler par suite d'un vice qui l'infecte? Que deviendra la communauté qui a existé entre eux par le fait de leur contrat?

Il faut distinguer.

Supposons d'abord que l'un des époux ait été de bonne foi. On sait combien la bonne foi est puissante pour sauver l'époux qui peut s'en prévaloir, des suites désastreuses de la nullité du mariage. L'époux de bonne foi retirera donc les avantages de la communauté. C'est pourquoi si une femme épouse un mort civil, ignorant sa condamnation capitale, elle aura sa dot, son préciput, sa communauté (4).

337. A présent, arrivons à un autre cas, et sup-

---

(1) Instit., *De nuptiis*, § 12.
V. aussi Ulpien, l. 3, D., *De jure dotium*.

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 4, n° 26.
Suprà, n° 92.

(3) N°s 91 et suiv.

(4) Arrêt du 12 mai 1673.
Lebrun, liv. 1, chap. 4, n° 26.
Leprêtre, cent. 1, chap. 1.

posons que la bonne foi n'existe d'aucun côté. S'il y a nullité réciproque, les conventions tiendront-elles comme société de fait? oui, d'après la doctrine de Dumoulin : *Nisi in vim clausulæ expressæ contractus, et non in vim consuetudinis* (1). Les deux conjoints seront associés comme personnes étrangères. La communauté est un contrat permis à tout le monde ; seulement les avantages faits en dehors du mariage seront comme non avenus. Ils étaient subordonnés à un mariage valable qui n'a pas eu lieu.

Lebrun est d'une opinion contraire ; il propose de s'écarter de celle de Dumoulin. Le contrat a été fait en vertu d'un mariage dont on ne saurait tenir compte : *nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur* (2). Le contrat civil ne saurait donc avoir aucun effet, si ce n'est de faire preuve contre le mari, afin de lui faire rendre ce que sa femme lui a apporté (3).

Je me range à cet avis (4). La communauté n'avait été contractée que sous une condition suspensive qui ne s'est pas réalisée, et l'on ne peut comparer ce cas à celui d'une société ordinaire que feraient entre elles des personnes étrangères. La communauté manque *ex defectu conditionis.* Elle ne saurait valoir même comme société de fait.

---

(1) Dumoulin sur l'art. 40 de la coutume d'Angoumois, et 94 de la coutume de Valois.

(2) Instit., *De nuptiis*, § 12 précité.

(3) Page 35, nos 20 et 21.

(4) *Suprà*, n° 91.

SECTION Ire.

DE CE QUI COMPOSE LA COMMUNAUTÉ ACTIVEMENT ET PASSIVEMENT.

§ 1er. — DE L'ACTIF DE LA COMMUNAUTÉ.

ARTICLE 1401.

La communauté se compose activement,

1° De tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation, si le donateur n'a exprimé le contraire;

2° De tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage, et provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de sa célébration, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit;

3° De tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage.

SOMMAIRE.

338. Des forces actives et passives de la communauté.
339. Des ressources actives de la communauté.

§ *Des meubles.*

446. Des linges, hardes, à l'usage personnel de la femme.
447. D'un usage autorisé par la coutume de Tours. Armes du militaire survivant; robe du magistrat survivant; croix de la Légion d'honneur du légionnaire survivant.
448. Des livres du survivant. Distinction à faire.
449. Des portraits de famille.
450. Du portrait du conjoint prédécédé.
451. Renvoi pour les manuscrits et correspondances.

§ *Des fruits des propres.*

452. Nécessité de distinguer les fruits, des autres meubles, et d'en parler à part.
Pourquoi les fruits des propres entrent en communauté?
453. Doctrine de Loyseau sur le droit du mari aux fruits des propres de sa femme; ce droit résulte, non pas seulement de la communauté, mais aussi de la puissance maritale.
454. Suite de cette proposition. L'article 1530 en est la démonstration. Preuves historiques.
455. Suite.
456. Des fruits des propres du mari.
457. Qu'entend-on par *propres*.
Ce mot est particulier à la jurisprudence des peuples modernes.
458. Sens précis qu'il faut lui attribuer en matière de communauté conjugale.
459. Sens qu'il avait jadis en matière de succession.
460. Il n'y a plus de propres de succession; il n'y a que des propres de communauté.
461. Importance de la distinction des propres et acquêts.
462. Pour le moment, il ne s'agit que des fruits des propres, lesquels tombent de droit dans la communauté.
463. Peu importe que les propres soient fictifs ou réels, leurs fruits appartiennent toujours à la communauté.

486. Transition à l'article suivant, qui complète la matière des acquêts immeubles.

COMMENTAIRE.

338. La section dans laquelle nous entrons s'occupe de ce qui compose activement et passivement la communauté. Elle est naturellement divisée en deux paragraphes, dont l'un traite de l'actif, l'autre du passif de la communauté.

L'article 1401, qui marche le premier dans le paragraphe de l'actif, donne les éléments dont la communauté se compose; il énumère les forces du fonds social. Toute communauté appelée légale par l'article 1400, comprend dans son actif les choses décrites dans l'article 1401.

339. L'article 1401 divise en trois catégories les ressources actives de la communauté : 1° les meubles; 2° les fruits et revenus des propres, qui, quoique meubles, demandaient à être envisagés séparément (1); 3° les acquêts et conquêts (2). Tout ce qui ne tombe pas dans ces trois grandes divisions n'entre pas dans la communauté. Ainsi, les immeubles qui n'ont pas été achetés par les époux pendant la com-

(1) Pothier, nos 26, 204.
(2) Cout. de Paris, art. 220.
Orléans, art. 186.

munauté, les immeubles que les époux tiennent à titres de propres (1), ces choses là ne vont pas grossir le domaine de la communauté légale; elles ne lui donnent que les fruits.

340. Il suit de là que la communauté légale n'est pas cette communauté de tous biens quelconques dont il y a des exemples dans le droit; elle ne place pas les époux dans la situation de deux personnes qui confondent tous leurs intérêts et se communiquent tout leur avoir. Sans doute, le patrimoine des époux contribue toujours pour quelque chose à l'entretien de la communauté légale; si ce n'est pas par une mise en commun des choses mêmes, c'est par la communication de leurs produits. Sous ce rapport, la communauté profite des richesses personnelles des époux. Mais il n'en est pas moins vrai que l'état de communauté conjugale laisse aux époux des choses propres et distinctes. Il n'engendre pas une confusion absolue des patrimoines, pas plus que le mariage n'engendre une identification absolue des personnes. De même que les époux, dans cette intime et affectueuse union, conservent cependant une portion de leur liberté, de leur individualité, de leur volonté, de même la communauté leur laisse une certaine part d'appropriation individuelle, et s'arrête devant certains biens que l'esprit de famille et les

(1) V. *infrà* le sens du mot *Propre*.

prévisions de l'avenir réclament comme propres (1). Si la communauté eût nécessairement imposé aux époux l'obligation de mettre en commun l'universalité de leurs biens, elle aurait brisé les habitudes nationales ; elle serait tombée dans l'exagération ; elle aurait outré ce qu'il y a de vrai dans les maximes chrétiennes qui représentent l'homme et la femme comme deux personnes en une : *Duo in carne unâ* (2). C'est donc avec grande raison que le Conseil d'état repoussa la proposition d'une société sans limite, faite par M. Béranger. (3). Ces communautés universelles, usitées dans une certaine partie de l'Allemagne (4), ont de grands inconvénients ; elles dépassent le but dans les familles propriétaires d'immeubles ; elles répondent beaucoup moins que la coutume française à la veritable situation des époux dans le mariage.

341. Mais pourquoi sont-ce les meubles qui entrent dans la communauté légale ? et pourquoi les immeubles dont les époux sont propriétaires en se mariant, sont-ils les objets destinés à n'y pas entrer ? D'où vient cette prérogative des immeubles de rester propres ? D'où vient cette soumission nécessaire des meubles à la commuhauté ?

---

(1) *Suprà*, n° 168.

(2) Tertullien, *Ad uxorem*.

(3) Fenet, t. 13, p. 552.

(4) Voet, ad Pand., *De pactis dotalib.*
M. Laboulaye, *Condition des Femmes*, p. 381.

La raison en est simple.

La communauté légale n'est pas autre chose qu'une de ces communautés tacites qui couvrirent l'Europe du moyen âge, et régnèrent dans tant de situations différentes. La communauté légale est la communauté tacite appliquée au mariage. Or, une communauté tacite, c'est-à-dire une communauté dont il n'y a pas d'acte exprès de création, se juge par les faits extérieurs. C'est par les circonstances qui servent à la manifester, qu'on décide de son étendue. « Elles sont introduites, dit Coquille, *par présomption et conjecture de volonté* (1). »

Or, qu'y a-t-il dans une communauté tacite?

On y aperçoit tout d'abord (je parle *ex eo quod frequentiùs fit*) une confusion de tout le mobilier. Les associés opèrent un mélange de leur actif mobilier, d'où résulte l'impossibilité d'en retrouver l'origine et les parts. De là, la conséquence que ce mobilier leur est devenu commun, et qu'ils ont entendu en faire une masse à partager. Sans quoi ils auraient pris la précaution de dresser un inventaire ; ils auraient distingué, par un état détaillé, la provenance et la propriété divise. L'omission de cette précaution est une preuve manifeste, que les meubles ont été mis en commun et mélangés, pour n'être plus séparés que par un partage égal, à la dis-

---

(1) Instit. au Droit français, *Traité des Communautés et Sociétés.*

solution (1). C'est à quoi M. Malleville ne faisait pas assez d'attention quand, préoccupé du souvenir des sociétés d'acquêts, dont il avait vu l'usage dans quelques parties du midi, il reprochait à la communauté conjugale d'absorber le mobilier des époux, et d'enrichir outre mesure les femmes de ceux dont la fortune consiste en valeurs mobilières (2). Il ne voyait pas que cette communauté du mobilier n'est pas un établissement capricieux, inventé *à priori* pour favoriser les femmes ; mais qu'elle est une suite nécessaire du mélange qui s'effectue dans toutes les sociétés tacites. C'est pourquoi dans les anciennes communautés coutumières et villageoises, les communistes étaient communs en meubles et acquêts (3). La communauté conjugale et les communautés tacites marchaient, à cet égard, d'un pas égal. En sorte que la communauté conjugale n'était, je le répète, qu'une communauté tacite.

342. Quant aux immeubles, c'est tout autre chose.

Les immeubles ne sont pas affectés par la confusion que le mélange opère sur les meubles ; ils se conservent distincts ; ils ont leurs titres spéciaux, leurs limites respectives, leur assiette propre et séparée. La communication ne porte que sur les

---

(1) Coquille, *loc. cit.*
(2) Fenet, t, 13, p. 549.
(3) Nivernais, t. 22, art. 23,

fruits et sur la jouissance. Aussi les communautés tacites comprenaient-elles les fruits des immeubles (1) ; mais là s'arrêtait la société ; car l'argument tiré de la confusion des fruits, ne prouve rien de plus que la communauté de la jouissance. Ce serait le forcer à l'excès, que de l'étendre à la communauté des immeubles eux-mêmes. Comme le disent les docteurs, on ne juge d'une société tacite que par ce qui a été communiqué (2). Puisqu'il n'y a de communication que dans les fruits et les jouissances, il ne faut pas mettre dans la société autre chose que les fruits et les jouissances. Les présomptions et les conjectures cesseraient d'être une base solide de raisonnement, si on ne les arrêtait pas à la vraie limite de ce qui en découle nécessairement. Rien ne montre une communication de la propriété même des immeubles ; rien ne conduit à cette extrémité. La propriété reste donc distincte ; une communauté tacite, résultant des faits ordinaires, et déduite de manifestations extérieures, ne sauraient l'englober. En un mot, la distinction que le système de la communauté conjugale fait entre les biens meubles et les biens immeubles, n'est que l'application de cette règle, « que selon la » communication de biens et gains, il faut juger » quelle est la société (3). »

(1) Coquille, *loc. cit.*

(2) Coquille se prévaut de leur opinion, *loc. cit.*

(3) Coquille, *loc. cit.*

343. Après cela, je ne nierai pas que cette présomption restrictive n'ait été fortifiée par le système, alors très-accrédité, qui tendait par tous les moyens à conserver dans les familles les biens héréditaires. Ce système était dans les mœurs; il gouvernait les époux eux-mêmes, et tout dans leur conduite habituelle venait confirmer la conjecture apparente qui retranchait les immeubles de la communauté. Il est certain qu'obéissant aux idées dominantes, et aussi à un sentiment de conservation qui existera de tout temps, ils agissaient extérieurement comme s'ils se fussent réservé la propriété de leurs biens de famille; prévoyant peut-être qu'un jour pourrait arriver où, le mariage se dissolvant sans enfants, il ne serait pas bon que ces biens passassent dans une famille étrangère et allassent enrichir des personnes autres que leurs proches. Ainsi, tout se lie dans cette matière par un enchaînement remarquable. L'exclusion des propres s'explique par la possession, et la possession s'explique par les idées des possesseurs, par leurs affections, par leurs prudentes arrière-pensées.

344. Une objection se présente cependant; elle se tire de l'état des mœurs modernes et de l'extension énorme qui a été prise par la propriété mobilière. Lorsque les immeubles les plus minimes échappent à la communauté, on s'étonne que le législateur n'ait pas fait une réserve pour des valeurs mobilières, qui sont presque aussi recherchées et aussi précieuses que les valeurs immobilières; on peut citer

les rentes, les actions, les contrats hypothécaires. N'y a-t-il pas plus d'inconvénients à faire tomber ces choses dans la communauté, qu'à y annexer tel petit champ qui n'est qu'une bribe misérable, en comparaison des richesses mobilières des époux?

Cette objection, dont l'apparence est assez sérieuse, surtout à raison de sa couleur économique, ne me paraît pas au fond bien réfléchie. (1) Songeons à ce dont il s'agit ici, c'est-à-dire à une communauté légale, à une société que la loi a dû organiser conformément aux faits de possession et à l'intention présumée des époux. Or, qu'un meuble soit d'une grande ou d'une petite valeur, il se possède de la même manière, et la possession en fait supposer la propriété. Pourquoi d'ailleurs le législateur se serait-il écarté d'une présomption si naturelle? Est-ce que les époux ne pouvaient pas faire un contrat de mariage pour déclarer une intention contraire? Pourquoi n'ont-ils pas révélé leur volonté (2)? N'est-ce pas qu'ils ont entendu que le mélange des meubles, quelque riches qu'ils soient, devait entraîner le mélange de la propriété?

Remarquez, en outre, que ceux qui se marient sans contrat de mariage, sont presque toujours des personnes peu aisées, et pour lesquelles les réserves

(1) M. Malleville y avait, du reste, fait allusion au Conseil d'état.
Fenet, t. 13, p. 551.

(2) *Infrà*, n° 582.

qu'on regrette de ne pas trouver dans la loi, auraient été inutiles. Quant à celles qui ont de l'opulence, et qui, par exception à l'usage général, ne font pas de contrat, il est manifeste que leur silence a été réfléchi; elles n'ont pas eu la résolution de se soustraire à la présomption légale.

345. Maintenant, et avant d'entrer dans un examen détaillé des choses dont se compose la communauté, faisons tout de suite ressortir la différence qui règne entre la communauté conjugale, et les sociétés universelles dont s'occupe le Code civil au titre *de la société*. Cet examen sera rapide, mais il est nécessaire pour préciser les idées; c'est surtout sous le rapport des mises que cette comparaison a de l'utilité.

346. La communauté conjugale diffère de la société universelle de tous biens présents, définie par les articles 1836 et suivants du Code civil. Celle-ci fait entrer dans les mises tous les biens meubles et immeubles que les parties possèdent au moment du contrat (1). La société conjugale n'y fait légalement entrer que les meubles : quant aux immeubles qui appartiennent aux conjoints, au moment du mariage, ils restent propres. On les appelle propres de communauté (2).

---

(1) Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 268.
(2) Lebrun, liv. 1, chap. 5, n° 2.

347. Ce n'est pas tout : la société universelle de biens présents n'embrasse que les fruits produits par les mises ; à moins de stipulation positive, elle ne s'étend pas aux fruits produits par les biens à venir. Au contraire, la société conjugale s'enrichit de plein droit des fruits des immeubles exclus de la communauté (1).

348. Autre différence. Dans la société conjugale on doit comprendre tous les gains et acquêts faits avec les biens restés propres, avec l'économie personnelle et l'industrie des conjoints. Mais la société universelle de biens présents n'embrasse que les profits retirés des mises (2). Il faut une stipulation expresse pour y faire entrer les autres gains.

349. Voici autre chose. La société universelle de biens présents ne peut, malgré les conventions les plus expresses, faire entrer dans son actif les biens qui obviennent aux associés par succession, donation ou legs. Mais la société conjugale a plus de latitude ; la propriété des immeubles à venir peut y tomber si les parties l'ont ainsi stipulé (3). La propriété des meubles à venir y tombe de plein droit et sans qu'il soit besoin de convention.

---

(1) Mon comm. *de la Société,* n° 270.

(2) *Id.,* n°s 274 et 268.

(3) Art. 1837 C. civ.

Mon comm. *de la Société*, n° 275.

350. La communauté se rapproche de la société universelle de gains organisée par l'article 1838 du Code civil (1). Comme celle-ci elle renferme tout ce que les parties peuvent acquérir par leur industrie, à quelque titre que ce soit (2), travail mécanique, exercice d'une profession, fruits retirés des immeubles, etc. — Comme celle-ci encore, elle s'étend aux meubles que chaque associé possède au jour du contrat (3).

351. Mais elle en diffère en ce qu'elle embrasse les meubles qui adviennent aux époux *etiam dormientibus* (4), par succession, donation et legs ; tandis que la société universelle de gains ne profite que des acquisitions industrielles, et de ce dont chaque associé s'enrichit par un titre de commerce (5).

352. Sous ce rapport, il y avait concordance parfaite entre la communauté conjugale et les sociétés universelles de gains si fréquentes autrefois dans la classe villageoise. Car celles-ci, outre les meubles présents et les gains industriels, attiraient à

---

(1) Mon comm. *de la Société*, t. 1, nos 284 et suiv.

(2) *Loc. cit.*, n° 287.

(3) Art. 1838.
Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 285.

(4) V. le président Favre, cité dans mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 286.

(5) *Id.*, n° 285.

elles le mobilier échu par succession et donation (1). Mais le Code civil a modifié en cette partie l'ancien droit relatif aux sociétés universelles de gains. Il veut que ce mot, gains, s'interprète dans le sens étroit, dans le sens d'un lucre acquis par un titre de commerce. Il ne permet qu'à la seule communauté conjugale, de faire tomber dans son actif les choses qui s'acquièrent par un titre lucratif.

353. Dans certaines provinces du reste, qui, bien que repoussant la communauté proprement dite, admettaient une société légale d'acquêts, cette société d'acquêts avait été instituée, non pas sur le modèle de nos sociétés tacites coutumières, mais sur le modèle des sociétés universelles de gains donné par le droit romain. J'ai dit ailleurs qu'à Rome, ni les meubles, ni à plus forte raison, les immeubles possédés au jour du contrat par les associés, n'entraient dans la société (2) : de même dans les pays de droit écrit, une communauté entre époux, stipulée en termes généraux, ne comprenait pas les meubles et immeubles possédés avant le mariage ; elle n'embrassait que les meubles et immeubles acquis durant le mariage (3). C'est même sur ce pied qu'était

(1) Mon comm. *de la Société*, n° 285.
Lebrun, *des Sociétés tacites*, chap. 3, n°s 2 et 3.
(2) L. 7, D., *Pro socio*.
Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 284.
(3) Lebrun, liv. 1, chap. 5, n° 2.

organisée la communauté légale qui existait à Saintes (1).

Et comme les sociétés universelles de gains, telles que Rome les pratiquait, excluaient de leur avoir, les obventions à titre lucratif, les successions, donations, legs (2), par imitation, la communauté légale de Saintes ne s'étendait pas aux acquisitions de bienfait; elle n'attirait à elle que les acquisitions de peine (3).

354. Après ces observations, abordons le détail des trois ordres de biens que notre article fait entrer dans la communauté, et commençons par les meubles.

§ *Des meubles.*

355. Tout le mobilier présent et futur des époux tombe dans leur communauté légale. Notre article insiste sur ces deux catégories de meubles pour déclarer qu'elles appartiennent de droit à la communauté. Ainsi par le seul fait du mariage, le négociant

---

(1) Art. 82. Bechet sur cet article.
Vigier sur Angoumois, art. 40.
Chopin sur Anjou, liv. 3, chap. 2, t. 2, n° 2.
Lebrun, *loc. cit.*

(2) Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 286.

(3) Bechet, *loc. cit.*
Lebrun, *loc. cit.*
V. M. Tessier, *de la Société d'acquêts*, n°s 20 et suiv., et 257.

opulent, le capitaliste, le rentier, dont toute la fortune consite en mobilier, communiquent en réalité à leurs femmes la moitié de leur avoir. Bien plus : dans les professions lucratives, où le travail augmente la richesse, et où l'avenir a tant de chances de progrès, la femme est associée à tous les bénéfices que l'industrie de son mari fera par la suite.

Telle est la situation légale. On la critique quand on n'approfondit pas avec assez de discernement l'ensemble du système (1) ; on l'approuve quand on sait en saisir tout le mécanisme et tous les ressorts (2).

356. Parlons d'abord du mobilier présent.

Pothier (3) a traité cette matière avec une abondance de détails dont nul ne viendra se plaindre, mais dans lesquels il serait impossible de le suivre sans transporter ici presque tout le titre du Code civil consacré à la *distinction des biens* (4). Nous ne ferons pas dériver notre commentaire, déjà assez vaste par lui-même, vers d'autres sujets qui nous détourneraient du voyage principal. Nous nous bornerons à rappeler quelques points délicats sur lesquels il est bon de préciser la doctrine.

---

(1) M. Malleville.
Fenet, t. 13, p. 549 et 550.

(2) *Suprà*, nos 341 et suiv.

(3) Nos 25 et suiv.

(4) Art. 516 et suiv.

Ce n'est pas cependant sur les meubles corporels que se présentent les principales difficultés de cette matière ; les règles sont si clairement tracées par le Code civil, qu'elles ne laissent surgir que de rares controverses.

Ainsi la communauté profite des meubles meublants, de l'argent comptant, des animaux de service, des vaisseaux appartenant à l'armateur (1), des matériaux préparés pour une construction (2).

Mais elle ne profite pas des meubles qui sont immeubles par destination (3). Ces choses suivent le sort de l'immeuble auquel elles sont attachées ; elles restent propres comme l'immeuble lui-même.

357. Ce sont plutôt les choses incorporelles, telles que les actions, les créances, les offices, qui ont donné lieu à des doutes sérieux. Nous en dirons rapidement quelques mots. Je dis rapidement, car je n'oublie point que je ne fais pas un traité des meubles, et que mon objet principal c'est la communauté conjugale.

---

(1) Art. 531 C. civ.
Calais, t. 1, art. 5.
Normandie, art. 519.
Pothier, n° 29.

(2) Art. 528.
L. 17, §§ 5 et 10, D., *De act. empt.*
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 318.
Lyon, 23 décembre 1811 (Devill., 3, 2, 596).

(3) Art. 522 C. civ.

358. Suivant Lebrun, il y a, en matière de communauté, une règle qui s'écarte de la règle ordinaire : « *Actio ad quid mobile est mobilis ; ad quid* » *immobile est immobilis.* » Ordinairement on décide du caractère mobilier ou immobilier d'une action par son objet ; ici, on ne doit envisager que la cause d'où procède le droit de créance. Si c'est à cause d'un immeuble propre que le conjoint a un droit de créance, ce droit n'entre pas en communauté ; il est immeuble. Ce n'est qu'autant que la créance a pour cause des meubles, qu'elle prend le caractère de meuble et entre en communauté. Cette proposition de Lebrun s'écarte de tous les principes admis dans les autres matières, et particulièrement en matière de succession. Il en convient lui-même ; mais il prétend que la communauté requiert ici une favorable exception ; et pour mettre son opinion dans tout son jour, il se propose trois cas qui lui servent d'exemples.

359. Et d'abord, un reliquat de compte de tutelle est censé meuble à proportion de ce qu'il tient lieu de meubles ; il est immeuble à proportion de ce qu'il tient lieu des immeubles du mineur vendus et dont le prix entre dans le compte (1). Qu'importe qu'il s'agisse de deniers à recouvrer? la communauté s'écarte en ce point du principe usuel : elle veut que les deniers soient subrogés à la chose

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, nos 6 et 7.

qu'ils représentent; ils en prennent la qualité, et doivent demeurer propres quand ils sont à la place d'un propre.

360. Après cette première solution, Lebrun se propose la question suivante : Une action de remploi qu'une veuve a contre la succession de son mari pour ses propres aliénés est-elle meuble, et entre-t-elle dans la communauté qu'elle contracte par un second mariage? Pour répondre à cette question, Lebrun fait observer avec insistance qu'en principe, on ne fait entrer dans la communauté que les actions pures, mobilières, et que c'est une règle uniforme qu'en matière de communauté le prix d'un immeuble est toujours immeuble; que ce qu'on regarde, c'est la cause de l'action et non son objet. Le remploi tient lieu des propres de la femme qui ont été aliénés. De même qu'un immeuble d'avant le mariage n'entre pas dans la communauté, de même le prix de cet immeuble n'est pas destiné à y entrer (1). Sans doute, telles ne sont pas les notions qui prévalent en matière de succession ; mais l'équité conduit ici à d'autres résultats.

361. Enfin Lebrun aborde son troisième exemple, celui d'une soulte de partage ; et, par suite de son même principe, il décide que pour voir si une soulte de partage est meuble ou immeuble, il faut en rechercher les causes ; qu'elle est mobilière autant

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, nos 8 et 9.

qu'elle tient lieu de meubles ; qu'elle est immobilière autant qu'elle tient lieu d'immeubles. « Qu'on » ne confonde pas, dit-il, la communauté avec la » succession : en matière de communauté, on ne » considère que les causes de la dette. L'équité » veut qu'on tienne pour propre de communauté » tout ce qui représente les propres des con» joints » (1).

362. Toute cette théorie est inadmissible. Pothier l'a réfutée ; il en a pris avec raison le contre-pied (2). Des arrêts l'ont condamnée (3) ; et malgré la prétendue certitude dont Lebrun la dit environnée, elle n'a eu l'assentiment d'aucun auteur (4). Elle ne saurait rencontrer plus d'approbation sous le Code civil ; car les articles 526 et 529 tendent à la proscrire formellement. On restera donc dans les principes du droit commun ; on considérera l'objet de l'action : *Actio ad mobile, est mobilis* ; *actio ad immobile, est immobilis ;* et l'on ne fera pas pour la communauté un droit exceptionnel (5).

363. Supposons donc qu'une somme d'argent soit due à Titius, pour prix d'un immeuble qu'il a

---

(1) *Loc. cit.*, nos 15 et 16.
(2) *Communauté*, n° 77.
(3) Louis sur Maine, art. 254.
(4) Renusson, *Communauté*, part. 1, chap. 3, n° 15.
(5) *Infrà*, n° 709.

vendu. Par son mariage cette créance tombera dans sa communauté. Peu importe qu'elle soit représentative pour lui de l'immeuble aliéné. En définitive, cet immeuble ne lui appartient plus : il n'a droit qu'à une somme d'argent dans laquelle s'est converti son droit de propriété ; et cette somme d'argent est un meuble, de même que l'action dont il est investi pour se la faire payer (1).

564. Mais faudrait-il donner la même solution, alors que l'immeuble aurait été vendu dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage, sans l'assistance de ceux qui, d'après l'art. 1396, doivent concourir aux changements apportés au contrat de mariage? La communauté profiterait-elle du prix? ou bien les héritiers de l'époux vendeur auraient-ils, à la dissolution de la communauté, la reprise du prix?

Les opinions sont partagées sur ce point. Pothier se prononce pour la reprise : il n'est pas permis aux époux, dit-il, dans le temps intermédiaire entre le contrat et la célébration, de se faire des avantages directs ou indirects sans le concours de tous les parents qui ont assisté au contrat de mariage (2); ce serait en changer les conditions. Plusieurs commentateurs du Code civil ont adopté ce sentiment (3).

(1) M. Odier, t. 1, n.° 77.
(2) N° 603.
(3) MM. Duranton, t. 14, n° 184.
Zachariæ, t. 3, p. 412.

D'autres veulent, au contraire, que le prix entre dans la communauté (1).

Nous n'hésitons pas à préférer l'opinion de Pothier. La vente est un ameublissement qui tient de la donation et modifie le contrat de mariage; cette modification n'est donc valable que lorsqu'elle se fait dans les conditions de l'art. 1395 (2). On objecte que c'est faire commencer la communauté avant l'époque assignée par l'art. 1399 pour son point de départ. Mais d'abord on pourrait répondre qu'on ne fait que faire ici ce que l'art. 1404, § 2, autorise pour le cas inverse. Et puis, à vrai dire, on ne fait pas produire à la communauté des effets hâtifs, puisqu'on ne veut pas qu'il y ait communauté pour le prix dont il s'agit. On se borne à vouloir que les choses restent dans le *statu quo* du contrat.

365. Lorsque la créance du prix est dépendante d'une condition qui ne doit s'accomplir que pendant le mariage, il n'est pas moins certain que si cette condition se réalise, la créance est purifiée avec effet rétroactif, et elle prend *ab initio* un caractère mobilier.

Pierre vend à Paul sa propriété située aux colo-

(1) MM. Toullier, t. 12, n° 171.
Rodière et Pont, t. 1, n° 729.
Odier, t. 1, n° 77.

(2) *Suprà*, n°s 240 et suiv. et 244.
Infrà, n° 572.

nies pour le prix de 100,000 francs, à condition que tel immeuble situé à Bordeaux sera mis en vente le 20 janvier 1847, ainsi que cela a été annoncé. Dans l'intervalle de cette vente au 20 janvier 1847, Pierre se marie en communauté. Si effectivement l'immeuble de Bordeaux est mis en vente à l'époque indiquée, la vente du domaine situé aux colonies sera purifiée en remontant avant le mariage, et le prix sera un effet de communauté; c'est une créance de 100,000 francs dont elle profite par la force de la loi (1).

366. Quand même la créance serait fortifiée par une hypothèque, elle ne serait pas moins un objet mobilier tombant dans la communauté. L'hypothèque n'est qu'une garantie accessoire, laquelle ne change pas le caractère de la chose principale (2).

367. Les principes étant tels que nous venons de les poser, on aperçoit combien il serait dangereux de suivre le sentiment de Lebrun à l'égard de la soulte de partage. Il ne faut pas hésiter à dire, contre lui, que la soulte de partage, due à l'époux au moment du mariage, n'est qu'une somme d'argent qui est purement mobilière, et qui par consé-

---

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 327.
Infrà, n° 486.

(2) Pothier, n° 76.
Infrà, n° 713.
MM. Odier, t. 1, n° 76.
Rodière et Pont, t. 1, n° 327.

quent entre en communauté. Au moyen de cette soulte, l'époux n'a plus de part dans l'immeuble échu à son cohéritier ou à son copartageant. C'est ce qu'a jugé, du reste un arrêt du 2 juin 1655 cité par Renusson (1), et telle est aussi l'opinion universelle (2).

368. Observons du reste en passant, que ce que nous venons de dire ici, ne doit pas être étendu au-delà du cas où le partage est antérieur au mariage, et où la soulte est déjà due au temps du mariage contracté. Que si le partage est fait pendant le mariage, il y a d'autres principes dont nous nous occuperons dans un instant (3).

369. Quand la créance est tout à la fois mobilière et immobilière, elle tombe dans la communauté pour la partie mobilière; elle reste propre pour la partie immobilière. J'ai acheté avant mon mariage une maison avec tout le mobilier qu'elle renferme, et mon vendeur me la livre après mon mariage en communauté : la maison me sera propre, mais les meubles seront communs (4). — J'ai eu avant mon mariage une succession qui comprend

(1) *Communauté*, part. 1, chap. 3, n° 15.

(2) Pothier, n° 77.

(3) *Infrà*, n° 444.

(4) Pothier, n° 73.

MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 331.

Odier, t. 1, n° 78.

des valeurs mobilières et des valeurs immobilières · ma communauté profitera des premières, et me laissera les autres à titre de propres.

370. Et pour suivre ce dernier exemple jusqu'au bout, j'ajoute que si, par le partage, j'ai eu une part plus forte dans les valeurs mobilières que dans les immeubles, tout ce mobilier entrera dans ma communauté, sans que je puisse soutenir, comme le voudrait à tort M. Duranton (1), que la communauté ne doit l'englober que jusqu'à concurrence de la part héréditaire à laquelle j'aurais eu droit, si les meubles et les immeubles eussent été partagés également. Tout ce que je reçois effectivement en meubles, je suis censé le tenir immédiatement du défunt et y avoir succédé. C'est ma part; c'est mon lot ; et puisque ce lot est composé de valeurs mobilières, ces valeurs tombent dans la communauté (2).

371. De même, si par le partage j'avais une plus forte part d'immeubles que de meubles, ces immeubles seraient exclus en totalité de ma communauté. A cela il n'y aurait d'exception qu'autant qu'on aurait affecté d'augmenter ma part d'immeubles pour frustrer la communauté.

---

(1) Tome 119.
(2) MM. Zachariæ, t. 3, p. 415, note 16.
Odier, t. 1, n° 78.

372. Lorsque la créance est alternative, comme, par exemple, quand on m'a légué une maison ou 20,000 francs, cette créance, à laquelle j'avais droit avant mon mariage, sera mobilière si ce sont les 20,000 francs qui me sont payés ; elle sera immobilière si c'est la maison (1). Peu importe que ce soit à moi, et non à l'héritier, que le choix de l'alternative soit remis par le testateur (2).

373. Du reste, on ne confondra pas avec une créance alternative, la créance d'une somme d'argent que le débiteur aurait la faculté de payer en immeuble. Ce qui est dû en pareil cas, c'est uniquement une chose mobilière ; l'immeuble n'est qu'*in facultate solutionis*. Si le débiteur se libère pendant mon mariage au moyen de cet immeuble, cet immeuble entrera en communauté (3).

Maintenant renversons l'hypothèse, et supposons que ce soit l'immeuble qui soit dû principalement, tandis que la somme d'argent n'est qu'*in facultate solutionis :* la créance sera immobilière, elle me sera propre ; et si le débiteur me paie pendant mon mariage la somme d'argent, j'aurai droit au remploi ; car cette somme n'a été reçue qu'en paiement d'une créance qui m'était propre (4).

---

(1) Pothier, n° 74.

(2) *Id.*

MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 332.

(3) Pothier, n° 75.

(4) Pothier, n° 75.

374. Ceci nous conduit à la qualification de l'action en reprise ou en remploi de propres aliénés : elle a paru délicate à quelques auteurs (1). Elle l'est devenue en effet par suite de certaines controverses qui lui ont enlevé son ancienne simplicité.

Un immeuble propre à la femme est aliéné : elle a droit à être indemnisée du prix, parce que le mari est censé l'avoir touché et versé dans la communauté, et que, l'ayant reçu, il en est personnellement comptable (2). C'est donc d'une somme d'argent qu'elle est créancière (art. 1435 et 1436) ; elle reprend des deniers dont la communauté n'est que dépositaire (3), des deniers qui ne font pas partie de la communauté, comme le dit Bourjon (4). Dès lors il ne faut pas hésiter à penser que l'action de remploi est mobilière (5). Aussi Lebrun dit-il : « L'action » de remploi appartient aux héritiers mobiliers ; et » quand le conjoint à qui il est dû, survit et se remarie, » elle entre dans sa seconde communauté (6)..., » parce qu'elle ne s'entend que pour le prix de la » vente du propre et que les actions se déterminent » par l'objet qu'elles poursuivent, l'action se con-

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 335.
(2) *Infrà,* sur l'art. 1433.
(3) Brodeau sur Louet, lettre P, *somm.* 13, n° 7. *Infrà*, n° 1104.
(4) Tome 1, p. 617, n° 29.
(5) *Infrà*, n° 1101.
(6) Page 320, n° 79.

» fondant avec la chose aux termes de la loi 15, *de* » *reg. juris: Is qui actionem habet ad rem recu-* » *perandam, ipsam rem habere videtur* (1). » A cette autorité on peut joindre celle de Renusson (2), Pothier (3), Bourjon (4), Merlin (5). Ferrières l'enseigne dans son commentaire de la coutume de Paris (6), et le met sous l'autorité de Charondas, Joly, Tronçon, Ricard et Bacquet (7); et il ajoute que pour cette raison, l'action de remploi passe aux héritiers des meubles. En effet, dit-il, celui des conjoints à qui le remploi est dû, n'a que l'action pour être remboursé du prix.

Et notez-le bien : « Cette action pour le remploi » des propres aliénés [je copie Ferrières (8)], même » au cas qu'il échet de la prendre sur des immeubles, » est néanmoins censée mobilière, et en cette qualité » appartient aux héritiers des meubles : ce qui dé- » pend d'une raison que nous avons déjà touchée » ailleurs, que pour juger de la nature de ce qui peut » revenir d'une action, on ne considère pas sur » quelle nature de biens elle est à prendre, mais » seulement ce qui en peut revenir ; de sorte que si

(1) V. aussi p. 324, n° 94.
(2) *Des propres*, chap. 4, sect. 6.
(3) *Infrà* n° 381.
(4) T. 1, p. 622, n° 70.
(5) Répert., v° *Legs*, sect. 4, § 2.
(6) Art. 232, n° 37.
(7) *Droits de justice*, chap. 21, n° 306.
(8) Sur Paris, art. 232, *préface*.

» elle va à évincer un héritage des mains de quel-
» qu'un, elle est censée immobilière ; si, au con-
» traire, une somme d'argent, quoiqu'on la prétende
» sur un immeuble, elle ne laisse pas d'être répu-
» tée mobilière. »

375. Il en serait de même au jugement des auteurs précités, alors que le contrat de mariage porterait que si pendant le mariage on aliène quelques immeubles, le remploi en sera fait (1) ; car la stipulation du remploi n'est pas le remploi, et le prix ne prend pas la place de la chose (2). Le prix doit être considéré selon sa propre nature et qualité. Ferrières atteste que telle était, de son temps, la commune opinion du palais (3).

376. Les arrêts les plus formels confirment cette doctrine : il en est un rendu en robes rouges que donne Montholon ; il est en date de la Notre-Dame d'août 1597, et décide que l'action de remploi appartient à l'héritier des meubles (4).

---

(1) Ferrières, *loc. cit.*, n° 38.
Infrà, n° 1102.

(2) Bacquet, *loc. cit.*
Ferrières, n°s 43 et 44.

(3) N° 49.

(4) Arrêt 71.
V. aussi Bacquet, chap. 21, n° 306.
Et Renusson, chap. 4, sect. 6.

Bouguier en rapporte plusieurs autres (1).

Le premier fut rendu à son rapport le 10 décembre 1615 : l'action de remploi fut attribuée à l'héritier des meubles.

Le second est du 19 juillet 1615 ; il décide que l'action de remploi qu'avait Antoinette Vanier, pour le prix de ses propres vendus par son mari, était mobilière et qu'elle appartenait à l'héritier du mobilier.

Voici un autre arrêt rapporté par Brodeau (2).

Un mari avait aliéné les propres de sa femme pendant le mariage ; celle-ci prédécéda ; le survivant se remaria, et par le contrat de mariage on ne stipula pas que chacun payerait ses dettes : il fut jugé, par arrêt du 3 juillet 1621, que le remploi était, à l'égard du mari, une dette mobilière qui tombait dans sa seconde communauté.

Beaucoup d'autres arrêts existent dans le même sens (3). Je n'en citerai plus qu'un seul : il est du 11 février 1615. Le contrat de mariage portait que « le remploi serait fait en achat d'autres héritages » ou rentes, qui sortiraient pareille nature au mari » et aux siens. » Malgré cette clause, l'arrêt décida que l'action de remploi, en tant que mobilière,

---

(1) Lettre R, chap. 1.

(2) Sur Louet, lettre R, *somm.* 30.

(3) Auzanet, arrêts, liv. 1, chap. 66, et liv. 2, chap. 74.
Soefve, t. 1, chap. 93.
Journal des audiences, arrêt du 9 août 1651.
M. Merlin, v° *Leys, loc. cit.*

appartenait aux héritiers du mobilier, à l'exclusion des héritiers des propres (1).

377. Tel était l'ancien droit. Si dans quelques provinces, en Bretagne, par exemple, on regardait le remploi comme immobilier, c'était une jurisprudence exceptionnelle et contraire au droit commun : on peut voir en effet ce qu'en dit Duparc Poullain (2).

Sous le Code civil, l'ancienne doctrine a été reproduite avec raison par M. Toullier (3).

Mais une opinion nouvelle tend à l'affaiblir et à lui substituer un autre point de vue. Les reprises, dit-on, ne se payent pas toujours en argent et en mobilier ; si le mobilier manque, ce sont les immeubles qui sont donnés en payement (art. 1471 du Code civil). Or, si l'époux reçoit un immeuble, il est censé en avoir toujours été propriétaire, à cause de l'effet rétroactif du partage. Comment, dès lors, pourrait-on dire que son droit est mobilier? Il est évident que c'est le caractère immobilier qui l'emporte. Dans cet état de choses, il n'y a qu'un parti à prendre : c'est d'attendre l'événement du partage.

---

(1) Brodeau, *loc. cit.*, vers la fin.
Ferrières sur Paris, art. 232, n° 55.
Ricard sur Paris, art. 232.

(2) T. 8, p. 17.
M. Toullier, t. 12, n° 111.

(3) Tome 12, n° 111.

C'est seulement par le partage que l'on peut savoir si le droit de l'époux est mobilier ou immobilier : mobilier, s'il est payé en meubles ; immobilier, s'il est payé en immeubles. Le droit de reprise est alternatif, et il faut lui appliquer ce qui a été dit ci-dessus, n° 372 (1).

378. Ce système s'appuie sur un arrêt de la Cour de Paris du 21 février 1846 (2) qui, se fondant sur la possibilité du payement en immeubles, subsidiairement autorisé par l'art. 1471 du Code civil, et sur l'effet rétroactif attaché à un tel payement par nos principes sur les partages, décide que c'est uniquement par le résultat de la liquidation que l'on peut reconnaître si les droits appartenant aux époux sur la masse commune, sont mobiliers ou immobiliers.

L'importance de cet arrêt nous fait un devoir d'en retracer l'espèce et les détails.

379. Les époux Savary se marient en 1833 sous le régime de la communauté ; les apports des époux étaient purement mobiliers. La communauté n'en reçut qu'une faible partie ; le reste demeura propre. Par l'art. 7 du contrat de mariage, il fut stipulé que les bénéfices de la communauté appartiendraient au survivant.

---

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 335.
(2) Devill., 46, 2, 305.

Pendant le mariage plusieurs immeubles furent acquis, et les achats furent faits en grande partie avec des sommes propres aux époux.

Par acte du 27 août 1838, Savary fit donation à sa femme de tout ce qu'il y avait, dans son patrimoine, de choses réputées meubles par la loi.

Il décéda avant son épouse. Les faits ont prouvé que la communauté n'avait pas fait de bénéfices.

Comme les apports de Savary étaient purement mobiliers, la dame Savary pensa que l'action en reprise appartenant à la succession de son mari était dévolue à elle, dame Savary, en vertu de la donation qui lui attribuait tout le mobilier. Cette prétention fut admise par le tribunal de la Seine. On ne s'arrêta pas à l'objection tirée de ce que l'action en reprise ne pouvait sortir à effet qu'en prenant en payement des immeubles de la communauté. Le tribunal y répondit en disant : L'action ne tend pas précisément à obtenir un immeuble; elle tend au payement d'une créance mobilière. Le payement en immeuble n'est qu'un mode de libération ; à tel point que l'autre conjoint serait admis à payer les reprises en argent pour conserver l'immeuble à la communauté, sauf ensuite à en réaliser la vente à ses risques et périls.

380. On voit que le tribunal appliquait ici la doctrine de notre n° 373 sur la nature des créances mobilières, facultativement payables en immeubles, doctrine incontestable en elle-même, et

empruntée aux principes les plus certains ; mais l'appliquait-il avec à-propos ?

Dans l'ancien droit, on n'aurait pas hésité un instant à se ranger à sa décision. La jurisprudence dont nous avons retracé le tableau en fait foi (1).

381. Néanmoins le mérite du jugement du tribunal de première instance fut sérieusement contesté devant la Cour de Paris. Dans une habile consultation donnée en faveur des appelants, Mᵉ Coin-Delisle (2) reconnaissait que, dans l'ancien droit, l'action en reprise était considérée comme mobilière, même alors que l'époux en était rempli en immeubles, et qu'il résultait de la doctrine des auteurs, que l'autre époux est toujours maître de payer la créance en argent et de conserver l'immeuble à la communauté; que l'abandon des immeubles en payement des reprises n'est qu'un mode de payement conventionnel. Nous avons vu cidessus, en effet, que c'est là un point sur lequel les jurisconsultes et les arrêts sont univoques.

Cependant, continue Mᵉ Coin-Delisle, ce système avait éprouvé des contradictions. Pothier convient lui-même que de son temps il commençait à faiblir (3). Une opinion qu'il appelle moderne,

---

(1) Nᵒˢ 374, 375 et 376.

(2) Voyez-la dans Devill., 46, 2, 306. On la trouve aussi dans la *Revue étrangère*, 1846, p. 637 et suiv.

(3) V. son *Traité des Successions*, chap. 3, art. 2, § 1.

tendait à conférer à l'époux créancier, non pas une simple créance, mais un droit réel, un droit plus fort dans la communauté; de telle sorte que si un immeuble était attribué à l'époux pour le payer, il était censé avoir été toujours propriétaire de cet immeuble par l'effet déclaratif et rétroactif du partage.

C'est ce dernier système qui doit prévaloir sous le Code civil. Quand le mari prend des acquêts de communauté pour se payer de ses reprises, il les prend, non à titre de créance, comme sous la jurisprudence dont Pothier a été l'écho, mais à titre de propriétaire, comme le voulait la jurisprudence modifiée. Les articles 1471, 1472 et 1474 le prouvent évidemment. Il en résulte que lorsqu'il faut recourir aux immeubles pour solder les reprises du mari, ce dernier se saisit comme propriétaire par un effet du contrat de communauté.

Pendant le mariage, le mari a acquis les immeubles en son nom, dans l'intention évidente de devenir propriétaire d'immeubles, de changer la nature de son patrimoine, d'acquérir un patrimoine immobilier à la place d'un patrimoine mobilier. Comment croire, dès lors, que ses reprises sont mobilières, et que les immeubles qu'il prend sont devenus meubles à son égard? Le mari est saisi par la volonté de la loi; il reprend sa chose. Il agit en vertu du *jus in re*.

Mais, dit-on, l'action du mari ne tend pas principalement à obtenir un immeuble; elle tend uniquement à avoir le payement d'une somme d'ar-

gent. Le payement en immeubles est moins un droit qu'un mode de libération. L'autre conjoint peut conserver l'immeuble à la communauté, et payer en argent.

Tout cela porte à faux, suivant l'avocat consultant. Les articles 1471 et suivants donnent à l'époux un droit véritable, une attribution ; la femme a même le choix des immeubles, et l'on viendrait dire que l'immeuble qu'elle a choisi pourrait lui être retiré par une offre de deniers!

Le mari n'a pas le choix comme la femme ; mais il est certain que, quand manquent l'argent et les meubles pour le payer, les immeubles lui sont attribués. L'autre époux ne pourrait donc pas déranger cette combinaison de la loi en offrant des deniers pris sur son propre patrimoine. Rien ne l'y autorise."

Il est donc évident que les héritiers Savary ont pour but principal d'obtenir des immeubles.

Vainement dirait-on que l'épouse, ou ses héritiers, agissent contre la communauté comme contre un corps moral pour obtenir le payement d'une créance.

La communauté n'existe plus ; elle est dissoute. L'exercice des reprises n'est donc pas un procès contre une communauté ; c'est un procès contre la femme pour faire déclarer que les immeubles sont la propriété du mari à titre de prélèvement, c'est-à-dire à titre de propriétaire.

Dans tous les cas, si le droit de reprise est une créance, c'est une créance alternative, et il y faut

appliquer ce que dit Pothier des créances alternatives (1).

382. Tel est le gros du système presenté par M. Coin-Delisle. Il a eu un plein succès devant la Cour de Paris, qui, par son arrêt du 21 février 1846 (2), a décidé que la nature de l'action ne pouvait être fixée qu'à l'événement de la liquidation, c'est-à-dire qu'elle serait mobilière si les reprises étaient payées en argent ou en meubles, qu'elle serait immobilière si elles étaient payées en immeubles. Voici le résumé de cet arrêt : La communauté est une vraie société qui donne à chaque époux un droit indivis sur tous et chacun des objets qui la composent. Ce droit de propriété, éventuel jusqu'à la dissolution de la communauté, indéterminé jusqu'au partage, ne prend un caractère fixe que par ce partage même, en vertu duquel chaque époux est censé avoir été seul propriétaire des objets compris dans son lot, depuis le jour où ces objets sont entrés dans la communauté. Il suit de là que les époux, propriétaires par indivis jusqu'au partage de tous les biens de la communauté, ne peuvent avoir un droit de créance sur ces mêmes biens pour le recouvrement de leurs reprises. Ils ont seulement le droit de faire cesser l'indivision, la communauté étant dissoute, et de partager. C'est seulement alors que leurs droits par-

---

(1) N° 74. V. *suprà*, n° 372.

(2) Devill., 46, 2, 305 et suiv.

ticuliers peuvent être établis, c'est alors qu'ils font sur la masse leurs prélèvements. Ces prélèvements exercés, on divise le surplus. Par suite de ces opérations, les objets attribués à chaque époux, soit à titre de prélèvement, soit comme bénéfice de communauté, sont censés leur avoir toujours appartenu. Il faut donc attendre le résultat de la liquidation pour savoir si les droits des époux sur la masse, sont mobiliers ou immobiliers.

383. Tel est cet arrêt, qui, le premier, ouvre une voie inconnue dans la science et nouvelle pour les juristes expérimentés. Quant à moi, je le dénonce à la critique comme contraire à ce qui s'est toujours pratiqué dans les liquidations, et à ce qui se pratique encore par tous les notaires de la capitale et ailleurs. Il introduit dans la jurisprudence une de ces nouveautés qui ne sont acceptables par les esprits sages, qu'autant qu'un changement dans la législation y conduit par la voie rationnelle. Y a-t-il dans le Code une de ces modifications de nature à opérer une si grande déviation ? Je n'en connais pas. Bien loin de là, le droit nouveau me semble marcher d'accord avec le droit ancien.

Rappelons-nous les arrêts cités au n° 376 et l'unanime opinion des auteurs. Quand il s'agit de briser un tel faisceau, on devrait y regarder à deux fois, et j'avoue que je ne conçois pas la confiance hardie avec laquelle on se met au-dessus de tant d'enseignements de la science, de la pratique et de l'expérience la mieux soutenue.

Il est vrai que l'on prétend que du temps de Pothier, l'opinion de ces auteurs éminents avait commencé à fléchir, et que des vues différentes avaient balancé la doctrine antérieure. Mais rien n'est plus inexact que cette assertion ; elle est fondée sur une méprise capitale, inconcevable, et qu'il faut d'autant plus regretter qu'elle a exercé une grande influence sur la solution que je combats. Car la Cour s'est laissé prendre à ce prétendu changement de jurisprudence, qui a paru la découverte d'une science profonde, tandis que ce n'était que la distraction d'un bon esprit, un instant égaré. On confond avec notre question une autre question tout autre, et qui ne saurait en rien réagir sur notre solution. Jamais la doctrine n'a varié sur le caractère mobilier des reprises. Avant Pothier, comme après Pothier, on a toujours été d'accord pour conserver à la reprise son cachet de droit mobilier.

Voici le point de droit fort différent sur lequel la jurisprudence a éprouvé une altération. On va voir et toucher le quiproquo dans lequel on est tombé, en allant y chercher une raison d'enlever à la reprise la couleur mobilière.

384. D'après un principe de l'ancienne jurisprudence, il était constant que lorsque les héritiers succédaient, les uns aux meubles, acquêts et conquêts, les autres aux propres, ils étaient tenus, entre eux, de contribuer au payement des dettes, chacun

pour telle part et portion qu'ils en amendaient (1).

L'application de ce principe n'était pas sans difficulté lorsque le défunt, marié, de son vivant, en communauté, se trouvait débiteur envers l'autre époux à raison de cette même communauté. Cette dette retombait-elle sur ses héritiers comme toutes les dettes ordinaires, et par suite, l'héritier des propres devait-il en supporter sa part, alors même qu'il n'aurait rien retiré de la communauté en meubles et conquêts? Par exemple, Pierre a été marié en communauté; il a vendu avec sa femme les propres de celle-ci. L'épouse a droit à une reprise. Dans cet état, le montant de cette reprise devra-t-il se partager entre les héritiers des meubles, acquêts et conquêts, et les héritiers des propres?

385. La grande objection contre la contribution de l'héritier des propres, était celle-ci : le remploi, à l'égard des conjoints, n'est pas une dette, soit mobilière, soit immobilière et réelle. C'est une reprise, une distraction de deniers, dont la communauté n'est que dépositaire (2). Il faut donc prélever ces deniers sur la communauté. Quant à la succession, elle n'est pas débitrice de ces deniers; elle n'a rien

(1) Art. 334 cout. de Paris.
Orléans, art. 360.
Brodeau sur Louet, lettre P, somm. 13.

(2) Brodeau, *loc. cit.*, n° 7.
V. aussi lettre R, somm. 30, n° 3.

dans la communauté, soit activement, soit passivement, qu'après que les prélèvements ont été effectués. Qu'on prélève donc sur la communauté les reprises, et qu'on laisse les héritiers des propres tranquilles et à l'abri de toute attaque.

386. Quelque puissante que fût cette objection, la jurisprudence des arrêts ne s'y arrêta pas. On répondait : Les meubles, les acquêts et les propres, quoique de diverse nature, ne composent qu'un seul patrimoine, un corps, une masse d'une même succession ; ils sont confus par l'adition d'hérédité et par l'acceptation de la communauté ; la diversité des personnes ne doit pas être prise en considération (1). Donc, l'héritier des propres est tenu du payement des dettes de la communauté *pro rata emolumenti*, encore qu'il ne prenne rien dans la communauté; car ce ne sont plus des dettes de la communauté ; ce sont des choses de la succession, qui est composée de patrimoines et de biens de diverse nature et qualité. L'héritier des meubles ayant accepté une communauté riche et notoirement solvable, bien qu'il y eût des dettes passives, ne doit pas être seul à les supporter. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 5 août 1619 (2), et par un précédent arrêt du mois d'avril de la même année. Dans l'espèce de cet

---

(1) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*

(2) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*
Et Bardet, t. 1, liv. 1, chap. 71.

arrêt d'avril, il y avoit cette circonstance remarquable que le contrat de mariage stipulait que le remploi se prendrait sur les biens de la communauté, suivant l'art. 232 de la coutume de Paris, et que les propres du mari n'y seraient que subsidiairement obligés. Il faut ajouter que la communauté était assez riche pour payer la dette du remploi ; que les deniers provenant des ventes étaient entrés dans cette même communauté ; qu'enfin si le mari eût exécuté le remploi ainsi qu'il y était obligé, il eût pris les deniers dans la communauté et diminué d'autant son fonds. Malgré toutes ces circonstances, il fut jugé par la grand'chambre, *consultis classibus*, que la dette du remploi devait se prendre sur la succession du mari ; et que l'héritier des propres y devait contribuer ; car c'était une dette personnelle de la succession (1).

Cette jurisprudence est soutenue par Pothier (2). Il se demande si la reprise est une dette de la succession, puisque ce n'est qu'à cette condition que l'héritier des propres y doit contribuer, et il se prononce pour l'affirmative avec Renusson (3) et Lebrun ; c'est, dit-il, une dette du prédécédé, qui en est tenu personnellement, *actione pro socio*, pour la part qu'il a dans la communauté. Donc tous ses héritiers en sont te-

---

(1) Brodeau sur Louet, *loc. cit.*
Ferrières sur Paris, art. 334, § 2, n° 2.

(2) *Successions*, chap. 5, art. 2, § 1.

(3) *Des Propres*, chap. 5, sect. 13, n° 16.

nus et doivent y contribuer. Ils sont *juris successores*, et ils succèdent à toutes ses obligations.

387. Voilà quelle a été longtemps la jurisprudence. On voit que la question n'était pas de savoir si l'action en reprise était mobilière ou immobilière ; elle consistait uniquement à savoir si c'était une dette de la succession de l'époux, ou plutôt une charge de la communauté. Si la jurisprudence y faisait contribuer l'héritier des propres, ce n'était pas parce que l'action en reprise avait un caractère immobilier ; c'était uniquement parce que la reprise était considérée comme une dette de la succession du défunt, et que dès lors tous ses héritiers sans distinction y devaient contribuer.

388. Plus tard, les idées paraissent s'être modifiées. Ce qui n'était, du temps de Brodeau, qu'une grave objection, était devenu dès le temps de Pothier (il en convient lui-même), une raison de décider très-considérable aux yeux de beaucoup de bons esprits. La reprise se montra comme une charge réelle de la communauté (1) devant donner lieu à un prélèvement au profit de l'époux créancier. On tira de là la conséquence que la succession du prédécédé n'était pas débitrice des reprises du survivant, et que le remploi n'était pas une dette personnelle de la succession : que la succession n'avait jamais été proprié-

(1) Brodeau, *loc. cit.*, n° 6.

taire d'autres choses, dans les biens de la communauté, que de celles qui étaient échues dans son lot, après les prélèvements faits au profit du survivant : que le surplus des biens de la communauté était censé avoir toujours appartenu au survivant, payé de ses reprises, et cela en vertu de l'effet déclaratif et rétroactif attribué aux partages par le droit français (1).

389. Voilà le dernier état des idées. Nous pensons que c'est celui-là que le Code civil a voulu faire prévaloir (1470, 1471, 1472). En donnant à l'époux créancier pour ses reprises, un droit de prélèvement, il a fait de la reprise une charge réelle de la communauté, pour me servir des expressions de Brodeau. Il considère la communauté comme un dépositaire des mains duquel on retire, par forme de détraction, la chose qu'elle a reçue. En un mot, nous accorderons que l'époux reprend la chose à titre de propriétaire, et non à titre de créancier proprement dit (2).

390. Mais ceci ne tranche pas le moins du monde la question dans le sens du droit immobilier. Bien loin de là, il nous semble que c'est la décider *in al-*

---

(1) Pothier, *loc. cit.*

(2) V. un arrêt de la Cour de Caen du 19 janvier 1832 (Devill., 41, 2, 52),
Et Cass. 1er août 1848 (Devill., 48, 1, 727).
Infrà, n° 1620, art. 1470.

teram partem, et en faveur du droit mobilier. Quel est, en effet, l'objet que l'époux a droit de reprendre sur la communauté à titre de propriétaire? c'est une somme d'argent; l'article 1471 le déclare formellement, et en cela, il ne fait que raviver l'article 232 de la coutume de Paris (1). Nous avons dit, on se le rappelle, que la communauté est dépositaire du prix versé dans sa caisse ; c'est donc de cette somme d'argent qu'elle doit compte; c'est de cette somme d'argent qu'elle est chargée; c'est de cette somme d'argent que s'opère la distraction. Or, si l'objet de l'action est une somme d'argent, comment se fait-il que l'action ne soit pas mobilière?

392. On répond : Mais examinez donc l'art. 1471. Comment s'opère la reprise? d'abord sur l'argent, ensuite sur le mobilier, puis enfin et subsidiairement sur les immeubles. Ne voyez-vous pas dès lors que si l'argent et le mobilier sont insuffisants, l'époux aura droit de se faire payer sur les immeubles? Or, le jour où il demandera un immeuble pour son payement, comment pourrez-vous dire que son action est mobilière? ne vous jetez donc pas dans l'absolu. L'action sera mobilière si l'époux se fait payer en meubles; la reprise sera immobilière si l'époux,

---

(1) *Le prix de la vente est* REPRIS, disait la cout. de Paris, art. 232.
Infrà, nos 1160 et suiv., et art. 1436.
V. aussi *infrà*, n° 1646.

faute de meubles, agit sur les immeubles. C'est le cas d'une créance alternative (1).

392. Si l'on s'imagine que cette objection est nouvelle, on se trompe étrangement ; elle est aussi vieille que la question, et elle a été aussi souvent réfutée que la difficulté a été résolue de fois. Nous avons cité ci-dessus Ferrières (2) ; écoutons maintenant Renusson.

« S'il y a quelques coutumes qui assignent le » remploi sur les conquêts, cela ne s'entend pas pour » dire que celui des conjoints dans les propres ont » été vendus, ait droit de les vendiquer pour siens » au lieu de ses propres vendus. Mais les coutumes » ont voulu seulement assigner une récompense sur » les acquêts. On peut bien, par un accommode» ment, les prendre en paiement, suivant une esti» mation ou pour le prix qu'ils auraient coûté. Mais » ni l'un ni l'autre des conjoints n'y peuvent être » contraints. Ils n'ont pas aussi droit de les ven» diquer, mais ils ont seulement une action pour » être récompensés du prix de la vente de leurs » propres, qui est une somme de deniers, si ce n'est » qu'il y eût eu une subrogation stipulée et acceptée, » comme il a été montré en la section précédente. » Cela est si véritable que l'art. 232 de la coutume de » Paris ne dit autre chose sinon que le prix de la » vente des propres ou rachat des rentes, sera re-

(1) *Suprà*, n° 372.

(2) *Suprà*, n° 374.

» pris au profit de celui auquel l'héritage ou rentes » appartenait. Qui dit *prix*, dit *deniers*, et par conséquent une chose mobilière. M. d'Argentré, sur » l'ancienne coutume de Bretagne, art. 416, glos. 1, » n° *unico*, parlant de l'action qu'a la femme pour le » remploi de ses propres, dit qu'elle est mobilière en » ces termes : *Jure quidem nostro pretium ex re mulieris reductum, immobile non est, si quidem illa* » *alienationi consentit* (1) »

Rien n'est plus positif, et j'ajoute que rien n'est plus juste que cette doctrine. Les immeubles acquêts qui sont dans la communauté, appartiennent à la communauté, quand même ils auraient été achetés avec l'argent du propre. Ils ne sont pas la propriété de l'époux créancier de ses reprises; celui-ci n'a droit qu'au retrait du prix : c'est de ce prix qu'il est propriétaire et non des immeubles acquêts. On fait confusion de deux idées fort distinctes quand on croit que l'immeuble que l'article 1471 autorise à prendre en payement, en cas d'insuffisance de l'argent ou du mobilier, est prélevé à titre de propriétaire. Nullement : ce que l'époux a droit de prélever à titre de propriétaire, c'est le prix; il ne prélève quelque chose sur les immeubles qu'à titre de *datio in solutum* (2).

---

(1) *Des Propres*, chap. 4, sect. 6, n° 3.

(2) Arg. d'un arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 1824 (Dalloz, 7, 285).

V. *infrà*, n° 1649, un arrêt de Cassation, dans les motifs duquel cette erreur est rejetée sans nécessité.

393. La communauté est semblable à un individu qui a reçu un dépôt et qui, débiteur de ce dépôt, doit le rendre précisément en nature ; sinon il peut y être contraint sur tous ses biens. Voilà pourquoi les reprises sont assignées sur les biens de la communauté : la communauté qui a reçu, est tenue sur tout son actif : *qui s'oblige, oblige le sien*. C'est là le principe de droit commun appliqué à la communauté. Quand un créancier investi du droit de reprendre une somme d'argent déposée dans les mains du débiteur, est obligé de se payer sur les immeubles de ce débiteur, l'immeuble sur lequel il se venge, n'est pris par lui qu'à titre de *datio in solutum*. Ce n'est pas cet immeuble qui lui est dû ; une somme d'argent, voilà son droit : l'immeuble n'est qu'un moyen de remplacer l'argent.

394. Tel est aussi le droit de l'époux qui exerce sa reprise. Le payement des reprises n'a pas été organisé par le Code civil à l'instar de certaines coutumes qui voulaient que le propre immeuble aliéné fût payé à l'époux en immeuble (1). Non, l'époux est propriétaire d'une somme d'argent; il n'a que cela à reprendre dans la communauté (2) ; toute la masse active de la communauté lui sert de garan-

---

(1) Bretagne, art. 419 de l'ancienne coutume.
(2) *Infrà*, n° 1160.

lie, avec cette gradation toutefois, qu'à défaut d'argent comptant, il doit se venger d'abord sur les meubles, et puis et subsidiairement sur les immeubles. Mais le recours sur les meubles d'abord, et sur les immeubles ensuite, n'est qu'un mode d'arriver au remboursement du prix de l'immeuble aliéné.

395. Comment serait-il possible de croire que le mobilier et les conquêts sont assignés à l'époux pour ses reprises à un titre autre qu'un simple mode de libération? Quoi! on ira s'imaginer qu'une femme dont le propre aura été vendu, sera forcée de se contenter, s'il n'y a pas de numéraire, des meubles de la communauté, tels que vaisselle, tableaux, linge, fauteuils, chevaux, voitures, etc. etc.! une femme devra subir cette conversion de son propre en objets aussi périssables! il faudra qu'elle reçoive sans murmurer cette assignation ruineuse, et cela parce qu'on la proclame propriétaire au nom de l'art. 1471! Un tel résultat n'est pas possible; il serait absurde, et de plus il serait désastreux. Sans doute, si la femme y trouve son intérêt, elle pourra recevoir en payement ces choses si fragiles; mais si elle pense que sa reprise est compromise, elle pourra exiger que ces meubles soient prélevés pour être convertis en argent (1). La réception n'est pour elle qu'*in facultate*. « Le remploi, dit Lebrun, est dû en de-

---

(1) Arg. de ce que dit Pothier n° 700.

» niers; ainsi, il ne se peut pas faire en simples meu-
» bles, si *le conjoint à qui il est dû n'y consent* (1). »

Par la même raison, l'autre conjoint pourra conserver ces meubles à la communauté en procurant à l'époux créancier des reprises, le prix qui seul est le terme principal de son action. L'époux qui réclame sa reprise, n'a pas d'intérêt à s'y opposer (2).

396. Ce que nous disons des meubles, nous le dirons des immeubles conquêts de communauté. Il est possible que le conquêt sur lequel l'époux a à se faire payer, faute d'argent et de meubles, soit une propriété de pur agrément, et onéreuse. On ne saurait obliger la femme dont le propre a été vendu, à s'en contenter. Réciproquement, la communauté qui a intérêt à conserver le conquêt, peut toujours le sauver en procurant à l'époux créancier l'argent auquel il a seulement droit. C'est pourquoi Leprêtre disait (j'emprunte son style, malgré ses incorrections): *Et ne peut ni la femme être contrainte de prendre les conquêts pour son remploi, ni l'héritier de les lui bailler* (3).

397. C'est donc avec beaucoup de sens que Ferrières disait que ce dont il s'agit ici, « c'est une

---

(1) Page 309, n° 40. Je cite *infrà*, n° 1628, des paroles semblables de Coquille.

(2) *Infrà*, n° 1628.

(3) Cent. 3, 78, n° 25.

Infrà, nᵒˢ 1629 et 1630.

» somme d'argent qu'on prétend sur un immeu-
» ble (1). » C'est avec non moins de solidité que Renusson enseignait que l'époux n'a pas le droit de revendiquer le conquêt comme sien, mais qu'il ne lui est assigné que comme récompense d'une somme d'argent, qui seule est sienne.

398. Ces idées avaient triomphé devant le tribunal de première instance; elles ont échoué devant la Cour de Paris. Ulpien a dit de l'appel : *Licet aliquando sententias bene latas, in pejus reformet* (2).

399. Maintenant, on insiste sur l'effet rétroactif des partages, et on veut que l'attribution des immeubles en payement des reprises ait pour conséquence de faire supposer que l'époux en a toujours été propriétaire. C'est là abuser d'une idée vraie sous quelques rapports (3), mais fausse quand on l'exagère. L'effet rétroactif n'est qu'une fiction, et cette fiction ne saurait empêcher la vérité de conserver son empire dans tous les cas où l'on essaie de faire violence à la raison. Il est certain qu'une somme d'argent était uniquement due, voilà le droit originaire mis en relief; il est certain que cette somme d'argent a été facultativement payée en immeubles, voilà la vérité, et on ne saurait l'ébranler avec des

---

(1) *Suprà*, n° 374.
(2) L. 1, D., *De appellat.*
(3) *Suprà*, n° 387.

fictions dont l'utilité ne se fait pas sentir ici, et qui par conséquent doivent être repoussées pour le moment. Je conçois que dans la question que nous examinons aux nos 384 et suivants, alors qu'on voulait confondre la communauté et la succession, on ait ingénieusement rappelé la fiction tirée du partage, pour séparer, comme il convient, deux masses qui doivent rester distinctes en ce qui concerne les reprises. Là, la fiction était invoquée au secours de la vérité ; elle la mettait en saillie, elle la rendait plus évidente. Mais ici, elle ne ferait qu'obscurcir la vérité qui se montre nûement et simplement. Bien plus, elle irait contre l'effet rétroactif résultant du partage lui-même : effet rétroactif qui prouve que le droit originaire est une somme d'argent, et que ce n'est que par voie de *datio in solutum* qu'un immeuble a été payé.

Et puis, si on veut presser la situation, on pourra dire que les deniers dus pour les reprises ne font pas partie de la communauté (1) ; que par conséquent ils n'entrent pas dans le partage (2) ; qu'on ne saurait par conséquent appliquer à un payement ordinaire, fait par prélèvement, des effets exceptionnels et fictifs, qui ne sont attribués par l'art. 883 qu'au partage véritable. Que les prélèvements fassent partie *des opérations* du partage, à la bonne heure ;

---

(1) *Suprà*, n° 374.

(2) *Infrà*, n° 1662.

V. art. 1474.

mais ils ne sont pas le partage même, puisqu'ils le précèdent. L'époux se paie de ce qui lui est dû en vertu d'un titre spécial ; l'immeuble donné en payement n'entre pas dans son lot ; il est en dehors de ce lot (1) ; il a été prélevé avant que les lots ne soient faits : car on ne partage que ce qui reste après les prélèvements opérés. C'est ce que disait l'ancienne coutume de Bretagne : « *Et le surplus desdits acquêts* » sera parti par moitié selon la coutume (2). » Et c'est ce que répète l'art. 1474 du Code civil. N'appliquons donc pas les règles du partage à ce qui est prélevé avant partage ; n'étendons pas les fictions pour fausser la vérité. Qu'y a-t-il de réel dans tout ceci ? Une somme d'argent est due, et rien autre chose ; il est possible qu'on la paye en immeubles, mais ce n'est jamais qu'un mode de payement conventionnellement réglé pour remplir un droit mobilier dans son essence.

400. J'arrive maintenant à une autorité contraire, plus imposante et plus grave que tout ceci. Je veux parler de l'arrêt de la Cour de cassation du 28 mars 1849 qui, sur les conclusions de M. Gaillard, a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Paris.

En voici le texte (3) :

« Sur le premier moyen,

---

(1) *Infrà*, n° 1675, voyez la définition du mot *lot*.

(2) Art. 419.

(3) Il émane de la Chambre civile. La Chambre des requêtes avait adopté une opinion différente. (Dalloz, 49, 1, 97.)

« Attendu que les reprises des époux après la
» dissolution de la communauté, et en cas d'acceptation
» de cette communauté par la femme ou ses
» héritiers, ne constituent pas des créances proprement
» dites dans le sens général attaché à cette
» expression ;

» Qu'en effet, le caractère distinctif de toute
» créance est de pouvoir être recouvrée par voie
» d'action ou d'exécution directe et personnelle
» contre un débiteur et sur ses biens ;

» Que cette action n'existe pas au profit du mari
» ou de ses héritiers, et n'existe qu'à titre de recours
» subsidiaire au profit de la femme ou de ses héritiers,
» puisque les reprises du mari ne peuvent
» s'exercer que sur les biens de la communauté, et
» que celles de la femme ne peuvent s'exercer sur
» les biens personnels du mari qu'en cas d'insuffisance
» des biens de la communauté (art. 1472
» du Code civil) ;

» Que l'un des époux ne pourrait attribuer à
» l'autre, sans le consentement de celui-ci, pour ses
» reprises, des valeurs étrangères à la communauté
» qui en offrirait de suffisantes pour le remplir desdites
» reprises ;

» Attendu que l'exercice des reprises a lieu à
» titre de prélèvement (art. 1470 du Code civil) ;

» Que les prélèvements font partie des opérations
» du partage de la communauté (art. 1467 et suiv.
» du Code civil) ;

» Que l'ordre et le mode des prélèvements sont
» réglés par la loi (art. 1460, etc., etc.) ;

» Qu'en cas d'acceptation de la communauté par

» la femme ou ses héritiers, les époux ou leurs re-
» présentants sont propriétaires par indivis des
» biens de la communauté ;

» Que d'après les art. 1476 et 883 du Code
» civil, le partage étant déclaratif et non attributif
» de propriété, chacun des époux est réputé avoir
» été propriétaire *ab initio* des immeubles qui lui
» sont échus, soit par suite de prélèvement pour ses
» reprises, soit pour sa part dans l'actif de la com-
» munauté ;

» Que par conséquent la nature mobilière ou im-
» mobilière des reprises des deux conjoints est dé-
» terminée par l'objet auquel elles s'appliquent,
» c'est-à-dire par le caractère mobilier ou immo-
» bilier des biens prélevés ;

» Qu'en jugeant ainsi, et en ordonnant qu'il sera
» procédé sur cette base aux comptes, liquidations
» et partage de la communauté qui a existé entre
» J.-A. Savary et Marie-Geneviève Billion, aujour-
» d'hui sa veuve, ainsi qu'aux comptes de liquida-
» tion et partage de la succession dudit J.-A. Sa-
» vary ; en ordonnant par suite que dans la masse
» immobilière de ladite succession, seront compris
» les immeubles attribués à cette succession par le
» partage de la communauté, l'arrêt attaqué n'a
» pas violé l'art. 529 du Code civil, et a fait une
» juste application des art. 1470, 1472, 1476 et
» 883 du Code civil ;

» Par ces motifs, rejette. »

Cet arrêt est excellent pour ceux qui l'ont obtenu ;
mais il ne contient pas un mot qui le recommande

aux esprits qui recherchent dans les décisions judiciaires, les grandes lumières du droit et les heureuses applications des principes : c'est toujours la même rechute dans une confusion d'idées si souvent éclaircie par la pénétration des maitres de la science ; c'est toujours les mêmes écarts du vrai, bien que si souvent redressés par la rectitude des anciens arrêts.

Les reprises, dit-on, ne sont pas des créances proprement dites : nous l'accordons nous-même, puisque nous n'avons cessé de les signaler comme portant le caractère de prélèvements. Seulement nous ne voudrions pas expliquer par les motifs de l'arrêt, pourquoi elles ne sont pas des créances proprement dites ; car ces motifs n'ont aucune valeur. Ils ont dû coûter de grandes tortures à la partie qui les a inventés ; ils sont un grand sujet de surprise pour ceux qu'ils veulent convaincre. Comment ! ce ne sont pas des créances proprement dites, parce que le mode de les payer est assujetti par la loi à certaines règles et à une certaine gradation ! voilà qui, en droit, sera reçu comme singulier. Est-ce que, par hasard, les créances privilégiées sur les meubles et sur les immeubles ne sont pas de véritables créances, parce que le privilége ne peut s'exercer sur les immeubles qu'après avoir épuisé les meubles (1)? ce n'est donc pas non plus une créance proprement dite que celle qu'on a contre un mi-

(1) Art. 2105.

neur et un interdit, parce qu'on ne peut mettre en vente les immeubles de ces personnes privilégiées qu'après avoir discuté le mobilier (1)? Ignore-t-on d'ailleurs que dans l'origine de notre droit français, les créanciers étaient généralement tenus de discuter les meubles de leur débiteur avant de saisir les immeubles ; que ce n'est que sous François Ier et par l'art. 74 de l'ordonnance de 1539 que les créanciers furent dispensés de cette obligation ; que cependant elle était restée en vigueur dans certaines provinces (2) ; que l'ordonnance de Lorraine de novembre 1707 (3) exigeait que l'on ne pût discuter les immeubles d'un débiteur qu'après discussion de son mobilier? De quoi donc l'arrêt va-t-il se préoccuper? qu'y a-t-il là qui change la nature des choses?

Ce qui paraît non moins extraordinaire, c'est que l'arrêt aperçoive une anomalie dans la circonstance que la femme ne peut agir sur les biens du mari qu'après avoir discuté les biens de la communauté, et qu'il conclue de là que les reprises ne sont pas une créance proprement dite : vous verrez que le créancier à qui un fidéjusseur a été donné, et qui est obligé de discuter le débiteur principal avant d'actionner la caution, n'est pas un créancier proprement dit.

---

(1) Art. 2206.

(2) M. Merlin, Répert., v° *Discussion*, n° IV.

(3) Tome 18, art. 1.

Que dire enfin de cette assertion vraiment étonnante de l'arrêt, que le mari n'a pas d'action pour ses reprises, que l'action n'existe pas pour lui sur les biens de son débiteur? Comment! le mari n'a pas d'action sur les biens de la communauté! comment! la communauté, débitrice des reprises, n'est pas tenue sur toutes ses forces mobilières et immobilières d'acquitter sa dette et de rendre son dépôt!

Veut-on savoir ce qui cause l'étrange erreur de l'arrêt sur tous ces points? c'est que la communauté, parce qu'elle est dissoute et acceptée, lui paraît s'être éteinte radicalement, d'après la règle, *Mors omnia solvit:* de sorte que les époux ont pris sa place. « Or, dit-il dans cet ordre d'idées, il n'y » a plus de communauté débitrice; il n'y a que le » mari d'un côté, et la femme de l'autre. C'est » donc contre le mari qu'il faudrait agir si l'on était » en voie régulière; c'est donc contre la femme que » le mari aurait action si nous n'étions pas hors de » l'ordinaire. Eh bien! le mari n'a pas d'action » contre l'épouse, et l'épouse n'a contre le mari » qu'une action subsidiaire. »

Mais l'arrêt ne fait pas attention à une chose, c'est que la communauté subsiste toujours pour la liquidation. *Mors omnia solvit*, est une maxime très-vraie: cependant il ne faut pas l'appliquer matériellement. Après la mort de l'homme, il reste encore autre chose que sa poussière; après la dissolution de la communauté, il y a encore une prolongation d'existence pour liquider le passé. C'est ainsi que les sociétés subsistent aussi pour

leur liquidation. Les art. 1470 et 1471 du Code civil reposent sur cette idée, et notre arrêt n'en a pas saisi le sens.

Maintenant, ceci est bien entendu : le règlement des reprises se fait par voie de prélèvement, c'est comme prélèvement qu'il les faut considérer ; il n'y a pas de point auquel nous soyons plus attaché qu'à celui-là.

Reste à voir ce que l'arrêt en conclut.

Comme le prélèvement fait partie des opérations du partage, l'arrêt l'assimile au partage même, en ce qui concerne l'effet rétroactif. Nous ne répéterons pas ce que nous avons dit tout à l'heure de la distinction qu'il faut établir, à cet égard, entre ce qui est pris avant partage, et ce qui est pris et reçu par l'effet du partage. L'arrêt ne voudrait peut-être pas accepter cette distinction, quoique les distinctions lui plaisent (et même les plus subtiles), ainsi que nous l'avons vu par sa théorie sur la créance. Mais nous proposerons à l'arrêt quelque chose de plus décisif.

Que voulez-vous prouver? que l'époux créancier de sa reprise en a toujours été propriétaire? Mais, mon Dieu ! il n'y a pas besoin de recourir à la fiction de l'effet rétroactif du partage, pour établir une vérité si palpable et si matériellement convaincante. Par cela seul qu'il s'agit de valeurs propres, il s'ensuit que l'époux en a toujours été propriétaire ; qu'il ne les tient pas de la communauté ou de son autre époux ; qu'elles sont siennes *ab initio*. Quand même nous en serions encore au droit romain, qui refusait

au partage tout effet rétroactif, les reprises seraient toujours des choses dont l'époux a eu la propriété initiale, qu'il faut par conséquent prélever, et qu'on ne partage pas.

Reste à savoir ce que l'époux a droit de retirer : reste à savoir quelle est la chose dont il est originairement propriétaire. Or, il n'est propriétaire que d'une somme d'argent versée dans la communauté à titre de dépôt. A cela est circonscrit son droit initial ; ce droit est par conséquent mobilier *ab initio*. Rien de ce qui se fait après pour le régler et le liquider, n'en change la nature.

Il est vrai que pour se payer, quand il n'y a pas d'argent ni de meubles dans le fonds de la communauté, l'époux prend sa reprise en immeubles : entendez-vous dire qu'il est censé propriétaire *ab initio* de cet immeuble reçu en paiement? Là est votre erreur, car cet immeuble n'est pas *in obligatione*, il est *in solutione*. L'époux est propriétaire *ab initio* d'une somme d'argent ; il n'a reçu l'immeuble que parce que la communauté ne pouvait pas lui donner ce à quoi il avait droit *ab initio*. Vous ne pouvez donc mettre l'immeuble à la place de l'argent *ab initio* ; l'immeuble vient *ex post facto*, parce qu'on ne peut payer autrement. Plus il sera clair, plus il sera prouvé que l'époux n'était propriétaire *ab initio* que d'une somme d'argent, moins il sera soutenable que l'immeuble est dans ses mains par un droit de propriété originelle : il n'est dans ses mains que pour le payer d'une créance mobilière *ab initio*. Il n'y a donc rien d'immobilier *ab initio* dans son droit.

En réfléchissant à cet arrêt du 28 mars 1849, je me demande quel est le texte ou le nouveau point de vue qui ont pu le déterminer à s'écarter de la jurisprudence, si hautement constatée, qu'il a trouvée en vigueur jusqu'à ce jour.

Les textes! il n'y en a pas, ou, pour mieux dire, ceux du Code civil confirment l'ancienne pratique au lieu de s'en éloigner (art. 1471).

Le nouveau point de vue! mais est-ce que nos anciens auteurs ne savaient pas que le partage a un effet rétroactif? aurait-on par hasard la prétention de leur remontrer quelque chose à cet égard, à eux qui ont lutté pour ce principe contre le droit romain et qui ont fait tant d'efforts pour le faire prévaloir? Mais ces auteurs ont très-bien vu que l'effet rétroactif du partage n'avait rien à faire ici, parce que ce dont l'époux est propriétaire *ab initio*, c'est une somme d'argent, et que l'immeuble reçu pour l'indemniser lui est livré, non pas par suite d'une obligation, mais par forme de payement. L'effet rétroactif s'arrête à la somme d'argent dont l'époux est censé avoir toujours été propriétaire; mais il ne s'étend pas à la *datio in solutum* qui a lieu pour payer ce droit originaire. L'effet rétroactif vous dit donc que le droit est mobilier, puisque c'est une chose mobilière qui est due *ab initio*; il s'oppose à ce que vous donniez ce caractère au payement fait en immeubles, qui n'est qu'un mode de payer un droit mobilier *ab initio*.

401. La créance d'un fait se résolvant toujours

en cas d'inexécution en dommages et intérêts, est mobilière dans tous les cas, même lorsque l'objet à faire est immeuble; comme, par exemple, quand je conviens avec un architecte qu'il me bâtira une maison. Telle est la doctrine de Pothier (1).

MM. Rodière et Pont pensent au contraire que sous le Code civil une autre opinion doit prévaloir, et que l'obligation de faire est mobilière si l'objet à faire est mobilier, qu'elle est immobilière s'il est immobilier (2). Je ne saurais me ranger à cette nouveauté. Pothier a seul enseigné les vrais principes.

402. Comme dans l'ancienne jurisprudence on regardait le fermier comme créancier d'un fait, on en concluait que le droit au bail constituait, au profit du fermier, un droit purement mobilier : j'ai essayé de prouver ailleurs que, sous le Code civil, le droit du fermier est immobilier (3), parce qu'imprimé sur la chose, il la suit désormais entre les mains des tiers et participe de sa nature immobilière. Cette opinion, quoique fondée sur un texte positif, rencontre encore, je le sais, beaucoup d'esprits récalcitrants ; je ne m'en inquiète pas : quand le temps aura mûri cette question, on s'étonnera qu'une idée

(1) Pothier sur Orleans, *Introd. générale*, n° 50, et *Traité des personnes et des choses*, n°s 252 et suiv.

(2) D'après M. Bugnet sur Pothier.

(3) Mon comm. *du Louage*, t. 1, n° 15, et t. 2, n° 500.

si simple ait eu tant de peine à vaincre la routine (1).

403. Partant de là, nous n'éprouvons aucune difficulté pour résoudre une question qui embarrassait les anciens auteurs.

Un individu a fait un bail de neuf ans avant son mariage ; il se marie et décède, laissant encore sept années à courir. On demande si la veuve qui a accepté la communauté est tenue de la continuation.

Les uns voulaient que la veuve fût déchargée. « On dit pour la femme, je copie Ferrières (2), que la charge est plus immobilière que mobilière, parce qu'elle ne se peut racheter ; c'est une dette successive pendant toutes les années du bail. Comme le bail fait, avant le mariage, des biens du mari, n'est pas réputé une dette active mobilière qui dure après la dissolution du mariage, mais immobilière à l'égard de la femme, parce que les fruits à venir sont considérés comme immobiliers, faisant partie de la propriété, n'échéant qu'après la dissolution de la société, aussi le bail fait par le mari des biens d'autres avant le mariage, finit avec la communauté, soit qu'il soit à charge ou profitable.

---

(1) Au reste, je puis appuyer mon système de l'autorité de MM. Freminville, *de la Minorité*, t. 1, n° 528, et Belime, *Droit de propriété*.

MM. Rodière et Pont ont exprimé leur dissentiment avec moi, t. 1, n° 337, note.

(2) Sur Paris, art. 221, glose 1re, n° 15.

« C'est le sentiment de Chopin sur la coutume d'Anjou (1) et de Mornac (2), où il rapporte un arrêt du dernier juin 1581, qui l'a jugé ainsi dans l'espèce d'un bail de neuf ans, fait par un fermier avant son mariage, dont il restait sept ans au jour de son décès ; de la continuation duquel la veuve a été déchargée. »

Après avoir rappelé ainsi ces autorités, Ferrières se prononce pour la discontinuation du bail : la veuve, suivant lui, ne peut ni continuer le bail contre la volonté des héritiers, ni être contrainte de le continuer. Un bail, pour la continuation, ne doit pas être considéré comme un effet mobilier ; ce n'est pas à la vérité un immeuble. Mais parce qu'il consiste dans une exploitation qui peut durer plusieurs années après la dissolution du mariage, la continuation en doit plutôt être considérée comme immobilière (3).

Au contraire, Lebrun (4) voulait que le bail fait par le fermier fût une simple obligation mobilière, chargeant la veuve alors qu'elle accepte la communauté. Toutes les fois que le bail n'excède pas neuf ans, il n'est pas une aliénation ; il n'est qu'une simple jouissance, un droit purement mobilier.

Au point de vue de l'ancienne jurisprudence,

---

(1) Liv. 3, chap. 2, t. 2, n° 20.
(2) Sur la loi 9, C., *De loc. conduct.*
(3) N° 17.
(4) Page 247, n° 35.

j'aurais préféré l'avis de Lebrun (1) ; il est plus juridique, quoique dans la pratique il soit une source d'embarras. Mais dans les idées du droit nouveau, avec le caractère franchement immobilier attribué au bail par l'art. 1743 du Code civil, je me trouve heureux de n'avoir aucun scrupule qui m'empêche de me ranger à l'avis de Chopin, Mornac et Ferrières (2).

404. Voyez, en effet, ce qu'il y a à gagner, dans l'intérêt de la propriété et de l'agriculture, à cette attribution du bail à la communauté. Reprenons l'exemple de Mornac : Pierre loue une ferme à bail pour neuf ans ; il se marie l'année suivante, et décède bientôt après, laissant encore sept années de jouissance à courir. Qu'arrivera-t-il si sa veuve accepte la communauté? celle-ci partagera le bail avec les héritiers du mari ; on divisera la jouissance des terres, et on substituera à une exploitation unique, si désirable pour la prospérité de la ferme, une exploitation morcelée (3). Est-ce là un résultat désirable? il s'en faut beaucoup. Je sais bien que s'il y a dégradation, le propriétaire sera fondé à se plaindre. Mais il n'est pas nécessaire que le mal soit poussé jusqu'à l'état de dégradation et de mal-

---

(1) *Junge* M. Toullier, t. 12, n° 105.
(2) *Infrà*, n° 439.
(3) M. Toullier, t. 12, n° 106.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 337.

versation caractérisée, pour que la ferme ne prospère pas : la culture sera moins bonne, moins intelligente ; l'esprit d'une active et unique direction manquera ; il n'y aura pas dégradation, il y aura souffrance, et le propriétaire ne pourra élever la voix.

405. Les rentes sont meubles par la détermination de la loi (1) : elles passent par conséquent dans l'actif de la communauté. Rentes constituées, rentes sur l'État, tout cela, malgré l'importance des valeurs, devient commun entre les époux ; la combinaison des art. 529 et 1401 conduit nécessairement à ce résultat. La discussion du conseil d'État prouve cependant que quelques scrupules arrêtèrent un instant le législateur. Comparer à un immeuble un capital produisant des intérêts annuels, parut une idée ingénieuse et ayant son côté utile, surtout dans un avenir qui devait développer la richesse mobilière, et multiplier les placements de capitaux. Il sembla équitable de conserver aux familles ces capitaux colloqués avec une destination permanente, et se distinguant profondément des sommes d'argent mobiles (2). Néanmoins, après des hésitations et des pourparlers, on en revint aux principes ; on repoussa la fiction proposée par M. Treilhard, et consistant à placer les capitaux frugifères dans une

(1) Art. 529 C. civ.
Mon comm. *du Prêt*, n° 424.

(2) Fenet, t. 13, p. 555 et suiv.

situation analogue à des immeubles. On voulut que l'art. 529 ne fléchît pas, sauf aux parties à insérer dans leur contrat de mariage les stipulations convenables pour exclure de la communauté les capitaux placés en rentes (1).

406. Il n'y a d'exception à la mobilisation des rentes de toute espèce, que pour les rentes dues à titre de redevance par les concessionnaires de mines aux propriétaires de la surface. Ces rentes sont susceptibles d'hypothèque (2), et on ne saurait leur refuser le caractère immobilier. C'est sans doute une anomalie dans le système qui nous régit; mais la loi de 1810 est trop formelle pour douter de sa volonté précise.

407. La rente viagère tombe dans la communauté; elle y tombe, non-seulement pour les arrérages, mais encore pour le capital, et ce serait en vain qu'à la dissolution du mariage l'époux survivant voudrait reprendre ce capital comme propre. Il faudra qu'il partage la rente avec les héritiers de l'autre époux prédécédé. En effet, la rente viagère est meuble; l'art. 529 du Code civil lui a donné sa

---

(1) Fenet, t. 13, p. 557.
(2) Delebecque, *des Mines*, t. 2, n° 701.
Proudhon, t. 3, n° 1206.

place dans la classe des biens meubles : il aurait fallu une exception du contrat de mariage pour en faire un propre, un meuble réalisé (1) ; sinon, la rente viagère est entrée dans la communauté telle qu'elle est (2).

On a cependant élevé des raisons de douter : on a dit qu'il y avait dans la constitution de la rente viagère, une présomption d'après laquelle l'époux propriétaire de cette rente, a entendu qu'il ne fournirait à la communauté que les arrérages échus pendant le mariage, le capital de la rente lui restant nature de propre. La rente viagère est attachée par sa nature à la personne ; elle est mesurée sur sa vie ; elle est destinée à lui assurer l'aisance dans ses vieux jours.

Mais c'est là un système, dans le sens hasardeux du mot ; ce n'est pas une doctrine ; la jurisprudence et les auteurs l'ont unanimement condamné. On peut consulter un arrêt de la Cour d'Agen du 6 mars 1844 (3) et un autre de la Cour de Rennes du 16 juin 1841 (4). Si l'époux créancier de cette rente viagère eût voulu l'excepter de la commu-

---

(1) Mon comm. *de la Rente viagère*, n° 225.

M. Toullier a soutenu, à tort, le contraire, t. 12, n° 110, et il a été réfuté par M. Demante, *Thémis*, t. 8, 2e part., p. 169 et 170.

Infrà, n° 437.

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 14, p. 102.

(3) Dalloz, 45, 2, 56 et 57.

(4) Devill., 41, 2, 553.

nauté, il devait en faire l'objet d'une stipulation. Pourquoi n'a-t-il pas fait de réserve, sachant que, d'après l'art. 529 du Code civil, la rente viagère est un meuble qui tombe, d'après l'art. 1401, dans la communauté? Et puis, quand on parle du caractère personnel de la rente viagère, qui ne sait qu'elle est cessible? Et la mise en communauté, n'est-elle pas une cession partielle, une véritable aliénation?

408. Nous ferons entrer dans la communauté une récompense accordée à l'un des époux pour services rendus avant le mariage, et cela, encore bien qu'elle ne soit concédée que pendant le mariage : c'est la décision de Lebrun (1) et la jurisprudence la confirme. La Cour d'appel de Montpellier a décidé qu'une gratification accordée à un officier général en considération de services militaires remontant à une époque antérieure au mariage, tombe en communauté ; et par arrêt du 7 novembre 1827, la Cour de cassation, chambre des requêtes, a rejeté le pourvoi (2). La raison en est que la communauté profite de tous les fruits, échutes et profits qui ne sont pas exceptés par le contrat.

409. Quant aux soldes de retraite, aux traitements de réforme, aux pensions de la Légion

---

(1) Page 118, n° 29.
(2) Dalloz, 28, 1, 14.
Devill., 8, 1, 696.

d'Honneur, le mari qui en jouit au moment de son mariage, n'en apporte à la communauté que les annuités successives; le droit d'où dérivent ces annuités n'entre pas dans la communauté (1). Le titre, en effet, est personnel; il est incessible (2).

410. C'est pourquoi si les époux venaient à être séparés de biens, les arrérages de la pension de retraite deviendraient la propriété exclusive du mari, et la femme n'y pourrait prétendre à l'avenir aucun droit. N'y ayant plus de communauté, nulle cause n'existe désormais pour que la femme vienne prendre part à la pension de retraite: elle ne le pourrait qu'autant que le capital, source de la pension, serait entré dans la communauté. Or, ces pensions ne représentent aucun capital dans le patrimoine de celui qui en jouit. Elles ne se composent que d'annuités éventuelles, lesquelles, après la dissolution de la communauté conjugale, sont un bien propre et personnel. La Cour de Montpellier avait décidé le contraire par arrêt du 22 décembre 1826 : mue par cette pensée, plus équitable que juste, que la femme a pu se déterminer au mariage en considération de la pension dont jouissait son mari, elle avait décidé que même après la dissolution de la communauté,

(1) Cass. 3 février 1830 (Dalloz, 30, 1, 106).
Colmar, 20 décembre 1832 (Dalloz, 33, 2, 91).

(2) Arrêté du gouvernement du 7 thermidor an x.
Avis du Conseil d'état des 25 janvier et 2 février 1808.

la femme devait continuer à jouir de la moitié de la retraite; mais son arrêt a été cassé avec raison le 3 février 1830 (1).

411. Une pension alimentaire entre-t-elle dans la communauté?

Nous avons posé dans notre commentaire de la *Vente*, des règles qui peuvent servir à la solution de cette question (2). Quand une pension alimentaire est due *jure sanguinis*, le titre n'en est pas cessible; et dès lors, il n'y a que l'émolument annuel qui entre dans la communauté au fur et à mesure des échéances. Mais si la pension est créée par contrat ou par testament, elle est cessible; et comme elle n'est qu'un titre mobilier, il s'ensuit qu'elle entre dans la communauté, à moins qu'une clause du contrat ne l'en retire.

Il y a cependant de bons esprits qui soutiennent que quelle que soit la cause de la pension alimentaire, elle n'entre pas dans la communauté, parce qu'elle est personnelle (3). Pour moi, je ne reconnais à la pension alimentaire le caractère exclusivement personnel que lorsqu'elle dérive *ex jure sanguinis*. Dans tous les autres cas, elle est un titre

---

(1) Dalloz, 30, 1, 116.
(2) T. 1, n° 227.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 353.
(3) M. Glandaz, Encyclop., v° *Communauté conjugale*, n° 62

comme un autre, susceptible de cession, et entrant en qualité de meuble dans la communauté.

412. Occupons-nous maintenant des offices : l'office dont un officier ministériel est pourvu, entre-t-il dans la communauté?

Nul doute que les produits de l'étude ne doivent entrer dans la communauté (1); mais la valeur de l'office en fait-elle partie? Et si l'office est vendu pendant le mariage, le prix est-il un objet de communauté?

L'affirmative est certaine.

La loi ne connaît que deux sortes de biens : les meubles et les immeubles. Tout ce qui n'est pas immeuble est meuble : les offices ont cette qualité. Le mari pourvu d'un office l'apporte donc à la communauté qui se forme par son mariage ; il ne peut l'en affranchir que par une stipulation expresse (2).

Les arrêts ont désormais tranché cette question (3),

---

(1) Amiens, 17 décembre 1824 (Dalloz, 30, 2, 230).
(Devill., 7, 2, 462).

(2) Toullier, t. 12, n° 112.
Carré, *Compét.*, t. 1, p. 297, note.
MM. Duranton, t. 14, n° 130.
Dard, *des Offices*, p. 260.
Zachariæ, t. 3, § 522, note 7.

(3) Cass. 8 mars 1843 (Devill., 43, 1, 307).
(Dalloz, 43, 1, 147).
Douai, 13 novembre 1833 (Devill., 34, 2, 189).
Agen, 2 décembre 1836 (Devill., 37, 2, 309).
Paris, 23 juillet 1840 (Devill., 40, 2, 401).

et on ne saurait s'écarter de leur solution sans bouleverser tous les intérêts. C'est à l'officier qui veut se réserver la propriété exclusive de son office, à insérer dans son contrat de mariage une clause tendant à empêcher qu'il n'entre dans la communauté.

413. Sans doute, il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit. Sous le régime de la vénalité des charges, l'office était réputé immeuble (1), et par suite, il n'entrait pas dans la communauté conjugale.

Aujourd'hui d'autres idées ont prévalu ; les offices vénaux, tels que ceux des avocats à la Cour de cassation, des notaires, avoués, greffiers, huissiers, agents de change, courtiers, commissaires-priseurs (2), ces offices sont une propriété mobilière; aucune fiction de la loi ne les range dans la classe des immeubles. C'est bien assez, pour ce qui concerne ces charges, que le droit de présentation ait été mis dans le commerce et déclaré vénal. Cette exception au droit commun est déjà assez grande, en présence des principes vraiment libéraux qui firent prononcer, dès le début de notre grande révolution, l'abolition de la vénalité des charges. Il n'eût pas été bon d'ajouter une exception à une exception, et de créer pour un ordre de choses si anormal le privilége de la propriété immobilière. Si cette

---

(1) Pothier, n° 91.
Cout. de Paris, art. 95.
Orléans, art. 485.

(2) Loi du 28 août 1816, art. 91.

sorte de propriété doit être respectée, puisqu'à la faveur de la loi elle est passée dans le domaine privé et forme un patrimoine important dans la famille, il ne faut pas cependant exagérer ses prérogatives et lui donner plus que ce qu'elle mérite.

Les offices sont donc meubles; le mari pourvu d'un office vénal et se mariant sans contrat de mariage, fait donc entrer son office dans la communauté : rien n'est plus constant en jurisprudence. En un mot, les offices vénaux ont la même nature qu'avaient autrefois les *pratiques* de procureur et de notaire. Ces pratiques entraient en communauté à titre de meubles; elles n'étaient pas envisagées comme un accessoire de l'office. Bien que l'office du procureur et du notaire fût immeuble, cependant la pratique attachée à cet office était considérée comme un bien à part, distinct de l'office, pouvant se vendre séparément et ayant en tout le caractère mobilier. On ne voyait dans la *pratique* qu'une réunion de titres, papiers et dettes actives qui ne constituait ni l'office même, ni une universalité de meubles, et qui n'était que l'assemblage de plusieurs meubles (1). Sous ce rapport, il n'y a pas une aussi grande différence qu'on pourrait le croire entre l'ancien droit des offices vénaux et le nouveau : comme tous les offices aujourd'hui vénaux tirent leur principal émolument des clientèles qui en

---

(1) Lebrun, p. 40, n 6.
Pothier, n° 95.

dépendent, ils suivent, en entrant dans la communauté, le chemin que suivait jadis la valeur la plus importante des anciens offices à *pratiques*.

414. La plupart des négoces qui s'exercent à Paris et dans les villes commerçantes ont un achalandage que l'on décore du nom très-impropre de clientèle, et qu'on pourrait tout au plus appeler *pratique*. Cet achalandage a une valeur vénale. Une marchande de modes, un marchand de vin, un épicier, même le porteur d'eau du coin, vendent leur achalandage et leurs pratiques; il est entendu que cet achalandage constitue une propriété distincte de la marchandise même et du mobilier. Or, comme cette propriété est mobilière, elle entre dans la communauté, à moins qu'elle n'en soit exceptée par un pacte exprès. C'est ce qui a été expressément jugé pour la pratique d'une pharmacie (1) et d'une boulangerie (2). Le commerçant qui se marie étant à la tête de sa boutique et de son magasin, fait passer à la communauté la valeur de l'achalandage ; et si pendant le mariage, cet achalandage vient à être vendu, le prix tombe dans la communauté (3). Que si le commerce se continue jus-

(1) Cass. req. 29 novembre 1842 (Devill., 42, 1, 899).
(2) Paris, 22 mars 1834 (Dalloz, 34, 2, 129).
(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 365.

qu'à la dissolution de la communauté, on estime le fonds de commerce non au prix d'achat, mais à sa valeur au moment de la dissolution de la communauté. On peut s'aider ici des notions sur lesquelles nous insisterons plus bas, nos 428 et 429.

415. Nous venons de nous occuper des meubles que l'époux possède au moment de son mariage, et qui entrent de plein droit dans la communauté. Parlons maintenant des meubles qui arrivent à l'un des époux pendant le mariage. Nous avons dit ci-dessus que le mobilier entre aussi dans la communauté (1). Les époux se sont associés pour le présent et pour l'avenir, pour ce qu'ils ont et pour ce qu'ils auront de choses mobilières. Il semble même que le mobilier acquis pendant le mariage appartient encore plus à la communauté que le mobilier acquis auparavant ; car la collaboration y a une grande part, et c'est sur la collaboration que se fonde la principale force de la communauté. Dans tous les cas, il est juste et raisonnable que les choses futures entrent dans la communauté, puisque la communauté est plutôt du futur que du présent (2). C'est pourquoi dans les associations de tous gains qui avaient lieu à Rome, et qui ne comprenaient pas les meubles présents, il était de règle que la société embrassait les meubles à venir (3).

---

(1) N° 355.

(2) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 11, p. 49.

(3) L. 7, D., *Pro socio*.

Il est vrai que notre article, en attribuant à la communauté le mobilier futur, ne parle que du mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession et même de donation ; mais il est généralement reconnu que la formule de l'art. 1410 n'est pas limitative. Si elle ne parle que des meubles arrivant aux époux par succession et donation, c'est parce que ce cas est le plus grave, le plus significatif, et qu'il présentait plus de doutes que les autres (1). Or, puisque le législateur fait tomber dans la communauté les meubles ayant une telle origine, il est entendu qu'on doit y faire tomber, *à fortiori*, tous les meubles acquis, constant le mariage, à un titre quelconque ne présentant pas les mêmes raisons de douter.

Ainsi donc, la communauté s'étend sans difficulté aux meubles acquis depuis le mariage à titre onéreux et provenant de l'industrie des époux (2). Concevrait-on que le mobilier échu à titre de donation ou de succession vînt augmenter la communauté, et que le mobilier acquis par le labeur réuni des époux en fût exclu ? un de ces dons que la fortune envoie souvent aux plus inactifs, *etiam dormientibus*, comme dit le président Favre, enrichirait la communauté, et l'acquisition conquise par la peine et le travail des époux, ne serait pas commune? Il est inutile d'insister plus longtemps sur une telle bizarrerie.

---

(1) *Infrà*, nos 582 et 597.
(2) M. Odier, t. 1, n° 72.

416. Nous disons donc que tout le mobilier futur entre dans la communauté; les meubles acquis, les meubles donnés, les meubles échus par succession (1), les échutes dues au hasard, à la fortune, à la faveur, rien n'est excepté. La communauté est un titre universel qui absorbe le mobilier entier.

Ainsi les gains faits au jeu pendant le mariage, sont des choses de la communauté. Quand même ces gains auraient été faits dans des jeux prohibés, ils entrent de plein droit dans la caisse commune; car il est de principe que les meubles acquis, même par une industrie mauvaise, même par un délit, et qui ont été mis en commun, restent à la société tant qu'une action en réparation de dommages, ne les en a pas fait sortir (2). Or, ici la communication se fait *ipso jure*, puisque la société est universelle. La communauté s'enrichit donc des gains faits indûment, par exemple, des exactions, des usures, des jeux de bourse (3). Bien qu'en règle générale il n'y ait pas de société valable pour mal faire, il n'en est pas moins vrai que lorsque la société est honnête dans son objet, les gains délictueux qu'elle fait par accident et qui tombent dans la masse, lui sont acquis. C'est ce qu'a très-bien prouvé Voet (4) avec Abraham de Wesel. Comment admettre, d'ailleurs, le mari

---

(1) *Infrà*, n° 582.

(2) Arg. de la loi 53 et suiv., D., *Pro socio*.

(3) *Infrà*, n° 915, je cite un passage de Coquille.

(4) *Pro socio*, n° 7, et *De ritu nuptiar.*, n° 69.

qui aurait commis le délit ou le quasi-délit, à retirer de la communauté le produit de son méfait? Il faudrait donc qu'il alléguât sa propre turpitude, qu'il vînt révéler une faute honteuse, et faire éclater dans les tribunaux, au grand dommage de sa famille, le scandale de sa conduite!

417. Le trésor trouvé pendant la communauté, entre dans la communauté, non comme fruit, mais comme échute de meuble (1). Le trésor, on en convient, n'est un fruit ni civil, ni naturel, ni industriel (2); il est ce que les auteurs appellent *donum Dei* (3), un profit mobilier, et cela suffit pour qu'il entre dans la communauté, « *quia in mobilium vim et numerum cadit,* » dit d'Argentré (4).

Pothier enseigne cependant une autre opinion. Suivant lui, si un trésor est trouvé dans le propre de l'un des conjoints, il est propre à ce conjoint, parce qu'il lui provient de son héritage propre, sans être un fruit (5). Le trésor lui échoit *jure accessionis, jure soli.* Quant à la partie attribuée à l'inventeur, elle tombe dans la communauté; car elle ne lui est attribuée que *jure inventionis.*

En suivant cette doctrine de Pothier, la plupart

(1) Lebrun, p. 106.
(2) Arg. de l'art. 598 C. civ.
(3) Duplessis et ses annotateurs, chap. 2, p. 365.
(4) Sur Bretagne, art. 53, *nota* 2, n° 8.
(5) N° 98.

des auteurs modernes ont dit : D'après l'article 716 du Code civil, le trésor se partage pour moitié entre l'inventeur et le propriétaire. Si donc la communauté trouve un trésor dans le bien propre de l'un des époux, elle en acquiert la moitié, *jure inventionis*; mais l'autre moitié reste propre à l'époux propriétaire du fonds (1). D'autres, tels que M. Toullier, se sont éloignés bien plus encore du système de d'Argentré et de Lebrun, et ils ont soutenu que le trésor forme un propre sans partage et pour le tout (2), lorsque c'est le propriétaire du propre qui le découvre dans son fonds.

Nous repoussons cette doctrine aussi bien que la distinction de Pothier et de ses sectateurs (3) ; nous acceptons pleinement l'avis de d'Argentré et de Lebrun. Le trésor est-il, oui ou non, un objet mobilier échu pendant le mariage? et dès lors pourquoi hésiterait-on à le faire tomber dans la communauté, même pour la partie qui revient au propriétaire? Est-ce parce qu'il n'est pas un fruit? on a insisté beaucoup là-dessus, comparant la communauté à un usufrui-

---

(1) MM. Delvincourt, t. 3, p. 10, note 1.
Duranton, t. 14, n° 133.
Demante, *Thémis*, t, 8, p. 181.
Dalloz, t. 10, p. 186, n° 30.
Zachariæ, t. 3, p. 413, note 9.

(2) T. 12, n° 130.

(3) V. les sages observations de MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 367, et l'opinion savamment développée de M. Odier, t. 1, n° 96.

tier, à qui l'article 598 du Code civil refuse le trésor. Mais l'assimilation est fautive : l'usufruitier n'a droit qu'aux fruits; au lieu que la communauté a droit à tous les meubles obvenus à un titre quelconque durant la communauté. Or, si le trésor n'est pas un fruit, il est un meuble. Que voulez-vous de plus ?

A la bonne heure, ajoute-t-on, mais ce meuble échoit *jure soli, et dominii causâ ;* il est un accessoire du fonds ; il en suit la nature.

Mais tout cela est-il bien sérieux? est-il raisonnable de représenter un objet aussi évidemment mobilier que le trésor, comme participant de la nature de l'immeuble et suivant sa condition ? Que lorsqu'il s'est agi de faire une part entre l'inventeur et le propriétaire, le législateur ait pris la propriété en considération pour que le maître du sol ne reste pas étranger à ce don de la fortune, je l'accorde. Mais, une fois acquis au propriétaire, est-ce que le trésor n'est pas pour lui une échute mobilière, et par conséquent, un effet de la communauté? — En un mot, nous avons pour nous le texte de l'art. 1401 ; les auteurs que nous combattons n'ont pas une seule autorité à nous opposer (1). Il est évident que si le législateur avait voulu assimiler le trésor à certains produits des mines et aux futaies, il aurait répété dans le titre de la communauté une disposition semblable à

---

(1) Voyez aussi, dans le même sens que nous, M. Merlin, Répert., v° *Communauté*, § 2, n° 4.

celle qu'il a insérée (art. 598) au titre de l'usufruit. Mais il s'est bien gardé de le faire, et par là il a montré qu'il n'y avait aucune comparaison à établir entre le trésor et la carrière ou la mine (1). La carrière et la mine non ouvertes au moment du mariage sont des immeubles ; ils sont le fonds même, dont ils constituent la principale richesse et le principal émolument ; le trésor n'est qu'un objet envoyé par le hasard, et qui n'enlève au sol rien de sa valeur et de ses parties intégrantes.

418. C'est aussi à titre d'échute de meubles que nous ferons entrer dans la communauté l'office concédé gratuitement au mari. La collation gratuite d'un office par le gouvernement n'est pas une donation ; ce n'est qu'une obvention, une échute, un bénéfice de communauté (2). On peut ajouter (et cette raison n'est pas sans valeur et nous servira plus tard (3)), on peut ajouter que la concession gratuite d'un office est une récompense accordée au mérite de la personne et un gain obtenu par sa capacité.

419. Si le contrat de mariage portait que les donations, même mobilières, n'entreront pas en communauté, et que le mari eût été pourvu gratuitement

---

(1) V. *Infrà*, n° 559.
(2) Douai, 15 novembre 1833 (Dalloz, 34, 2, 128 et 129).
(3) *Infrà*, n° 1874.

de son office pendant la communauté, il ne serait nullement fondé à le faire considérer comme propre. Je ne puis que répéter que la collation gratuite d'un office par le gouvernement n'est pas une donation : c'est une obvention, une échute (1).

420. Mais quand le contrat de mariage va jusqu'à dire que tout ce qui adviendra aux époux par succession, donation ou *autrement*, leur demeurera propre, on pourra décider, suivant les circonstances, et c'est ce qu'a fait la Cour de Metz en interprétant le pacte matrimonial (2), que l'office conféré gratuitement à l'époux n'entre pas en communauté.

Et cependant, cette interprétation pourrait bien ne pas toujours prévaloir, eu égard aux clauses du contrat de mariage. Il sera bon de consulter à ce sujet, les faits d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1827 (3), dans l'espèce duquel ces mots *ou autrement* n'ont pas paru avoir ce sens (4).

En général, toutefois, le mot *autrement* doit se

---

(1) Douai, 15 novembre 1833 (Dalloz, 34, 2, 128 et 129).
Arg. d'un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1827 (Dalloz, 27, 1, 14).

(2) 24 décembre 1835 (Devill., 36, 2, 255).

(3) MM. Rodière et Pont, t. 2, n° 39, note, ne l'approuvent pas.

(4) Devill., 8, 1, 696.
Dalloz, 28, 1, 14.
Voyez *Suprà*, n° 408, ce que je dis des récompenses militaires ; je cite cet arrêt.

prendre avec une valeur exclusive, et c'est à bon droit que la Cour de Metz s'appuie sur le sens que Pothier donne au mot *autrement* (1). Voici en effet ses paroles remarquables : elles nous paraissent décisives, et il faudrait de graves raisons pour s'en écarter : « Lorsque les conjoints ont stipulé propre » ce qui leur adviendrait durant le mariage, par » succession, don, legs, *ou autrement*, les termes *ou* » *autrement* comprennent les bonnes fortunes qui » pourraient arriver à l'un ou à l'autre des conjoints » durant la communauté. Par exemple : Si l'un des » conjoints, durant la communauté, a trouvé une » épave ou un trésor, ce qui lui revient *jure inven-* » *tionis* lui sera propre et sera exclu de la com- » munauté par les termes *ou autrement*. »

421. Les gratifications données à un époux pour actes de courage et de dévouement sont également un profit de la communauté. Il en est de même des pensions, récompenses et autres bénéfices de même nature accordés pour services militaires et civils rendus pendant le mariage. Comme le disent Dumoulin (2) et Lebrun (3), ces services mêmes sont des conquêts de communauté ; par suite, il faut considérer comme conquêts les gratifications qui en sont la juste rémunération.

---

(1) N° 323.
(2) Sur Paris, art. 110, n° 2.
(3) P. 118, n° 29.

Donatio facta viro, si fuerit ob benè merita, videtur priùs quædam obligatio quæsita, quæ erat communis. On ne saurait trop le répéter : il est de principe en matière de communauté que toute obvention quelconque, tout profit, toute échute, non exceptés par des clauses expresses (1) entrent dans l'actif de la communauté.

422. C'est pourquoi les dommages et intérêts que la femme commune obtient pour délits commis sur sa personne, tombent dans la communauté (2).

On peut cependant objecter que cette proposition est en contradiction avec l'article 1424 du Code civil, d'après lequel les amendes encourues par la femme ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels, tant que dure la communauté. Si la communauté est étrangère aux condamnations prononcées contre la femme, il n'est pas juste qu'elle vienne enlever à la femme le bénéfice des condamnations prononcées à son profit. D'ailleurs, l'article 1401 n'attribue à la communauté que les meubles qui échoient par succession ou donation.

Mais on répond :

L'article 1401 n'est pas limitatif. D'un autre côté, si l'article 1424 ne rend pas la communauté passible des amendes encourues par la femme, c'est

---

(1) Dumoulin, *loc. cit.*

(2) Colmar, 11 avril 1828 (Dalloz, 28, 2, 101).

que la femme ne peut obliger la communauté sans le consentement du mari. Ajoutons que la femme ne peut obtenir de dommages et intérêts qu'avec l'autorisation de son mari, et par conséquent en engageant la communauté dans un cas de condamnation aux dépens. D'où il suit que la communauté, étant passible des pertes, doit profiter de l'émolument.

423. Ceci deviendrait encore plus clair, si le délit dont la femme a été victime, consistait en violences et coups ayant occasionné une incapacité de travail personnel. Ce ne serait pas alors la femme seule qui aurait souffert un dommage ; ce serait aussi la communauté, qui non-seulement aurait été privée de son travail, de son industrie, de ses soins, de sa collaboration, mais qui aurait été obligée de pourvoir aux frais de sa maladie (1). Le droit de la communauté, en pareille circonstance, ne saurait être douteux pour personne.

424. Mais il faut aller plus loin. Lors même que le délit n'aurait pas été commis sur la personne de l'époux, s'il est la cause de dommages et intérêts prononcés à son profit, la communauté les reçoit dans son actif. Par exemple, une réparation civile est adjugée à un père marié en communauté pour la mort de son fils du premier lit, tué par un tiers, soit en duel, soit par imprudence, soit volontairement.

---

(1) Colmar, même arrêt.
Junge MM. Rodiere et Pont, t. 1, n° 370.

Le montant de cette réparation civile entre en communauté. « La douleur, dit Lebrun, est particulière » au conjoint; mais les dommages et intérêts sont » de la communauté. Aussi, les frais de poursuite » ne produisent pas de récompense de communauté (1). »

425. Nous avons parlé ci-dessus des offices possédés par le mari avant son mariage, et nous avons dit qu'ils tombent dans la communauté (2). Nous avons également dit un mot des offices concédés gratuitement pendant le mariage, et qui, comme échutes, entrent dans la communauté (3). Il nous reste à nous expliquer sur les offices achetés durant la communauté.

Puisque les offices n'ont plus rien qui les rattache à la nature des immeubles (4); puisqu'ils sont de vrais meubles, eu égard à leur assiette, à leur valeur vénale, à leurs produits, il suit de là que non-seulement l'office dont le mari est pourvu au moment du mariage, entre en communauté, mais encore, et à plus forte raison, que l'office acquis pendant le mariage est un effet de la communauté (5).

---

(1) Liv. 1, chap. 5, dist. 1, n° 72, p. 96.

(2) *Suprà*, n° 412.

(3) N° 418.

(4) *Suprà*, n° 412.

(5) Douai, 15 novembre 1833 (Dalloz, 34, 2, 128).
Paris, 12 mars 1834 (Dalloz, 34, 2, 129).
Agen, 2 décembre 1836 (Devill., 37, 2, 369).

Et notons-le bien : ici, il ne servirait de rien que le contrat de mariage renfermât la clause exclusive dont nous nous occupions au n° 420. En écartant de la communauté ce qui obvient par succession, donation, ou *autrement*, on n'est jamais censé avoir voulu exclure les objets d'acquêts; car la société pour les acquêts est l'un des éléments primordiaux et essentiels de la communauté, laquelle a surtout en vue le progrès de l'avenir et l'augmentation de l'actif social par les acquisitions. Le mot *autrement*, n'est présumé se référer qu'aux choses qui obviennent par un titre autre que les acquêts.

426. Maintenant, il est bon de faire remarquer que, lorsque la communauté se dissout (qu'on nous permette cet empiétement, qui nous transporte à une autre phase de notre sujet (1), le fonctionnaire survivant ne peut être forcé par les héritiers du prédécédé, de vendre la charge. Il serait, en effet, indécent et odieux de priver l'officier de l'office auquel il a consacré son temps, ses efforts, ses études, et qui souvent est pour lui sa vie tout entière (2). D'ailleurs, l'office n'est pas dans le commerce : on ne saurait contraindre l'officier à se démettre.

---

(1) *Infrà*, n° 1662 et art. 1474.

(2) Pothier, n° 665.
MM. Toullier, t. 12, n° 112.
Zachariæ, t. 3, p. 413, note 7.
Rodière et Pont, t. 1, n° 364.

Tout ce à quoi les héritiers ont droit, c'est d'être désintéressés par le titulaire, moyennant une indemnité représentative de leur part dans la valeur de l'office.

427. Mais comment arbitrer cette valeur? Est-ce la valeur de l'office au moment de l'acquisition? ou la valeur de l'office au moment de la dissolution de la communauté?

Il n'est pas douteux aujourd'hui que ce ne soit la valeur au moment de la dissolution (1). La communauté est plutôt du futur que du présent, comme disait Lebrun (2). Pourquoi ne pas tenir compte de l'augmentation que le temps et la confiance publique ont ajoutée au prix de l'office? Cette augmentation n'est-elle pas un effet de l'industrie de l'époux titulaire, industrie dont il doit compte à la communauté?

428. Tel était l'avis de Dumoulin dans l'ancien droit; s'il n'était pas suivi, c'était par suite d'une subtilité qui ne saurait avoir aujourd'hui aucune influence (3), savoir, que dès l'instant que le mari déclarait, à la dissolution de la communauté, vou-

---

(1) MM. Toullier, t. 12, n° 173.
Zachariæ, t. 3, p. 413, note 7.
Dard, *des Offices*, p. 381.
Rodière et Pont, t. 1, n° 364.

(2) *Suprà*, n° 414.

(3) M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 104.

loir garder l'office, cette déclaration avait un effet rétroactif au temps de l'acquisition de l'office, de telle sorte que l'époux titulaire était censé l'avoir acheté, non pour lui, mais pour la communauté (1).

L'opinion unanime a, sous le droit moderne, repoussé cette solution et consacré l'opinion de Dumoulin (2) : l'office est entré dans la communauté ; il est à ses risques et périls ; il augmente pour elle ; il dépérit pour elle. Il est d'ailleurs de principe que la communauté se partage telle qu'elle est. C'est ce que nous verrons plus tard par le commentaire de l'article 1474 (3).

429. On peut même ajouter ceci : c'est que si, depuis la dissolution de la communauté, l'office n'a été géré par le titulaire que dans l'intérêt de toutes les parties, et non dans son propre intérêt, attendu que son intention était de vendre et de se retirer, la valeur doit rester fixée au prix de vente ; en sorte que la communauté profite de la plus-value dans le cas où l'office vaudrait, au moment de la vente, quelque chose de plus qu'au moment de la dissolution. De même, si l'office s'était détérioré pendant cette possession provisoire du titulaire faisant acte d'administration dans un intérêt commun, la perte

---

(1) Pothier, n° 667.

(2) Douai, 15 novembre 1833 (Dalloz, 34, 2, 128).
Paris, 23 juillet 1840 (Devill., 40, 2, 401).
Agen, 2 décembre 1836 (Devill., 37, 2, 309).

(3) *Infrà*, n° 1665.

serait pour la communauté (1). Mais tout ceci dépend de circonstances particulières dont les juges sont les arbitres équitables. En général, le fonctionnaire est censé garder l'office pour lui, le gérer pour lui, et agir comme homme public. Il faut des faits positifs bien significatifs pour s'écarter de ce point de vue. D'où il suit qu'en règle ordinaire, l'officier survivant ne représente pas la communauté dans les faits qui suivent la dissolution : il ne représente que lui-même ; et quand il vend ensuite, ce n'est pas pour la communauté qu'il vend, c'est pour son propre compte ; c'est parce qu'il juge à propos de se retirer. Ce n'est pas parce que la communauté est dissoute qu'il met fin à ses fonctions, c'est parce que l'heure de la retraite lui paraît avoir sonné pour lui ; abstraction faite d'une communauté qui n'existe plus et qui n'a rien à voir dans l'office depuis le jour de la dissolution. Il est bon de consulter à cet égard un arrêt de la Cour de Paris du 6 avril 1843, qui décide ponctuellement et en ce sens cette question d'appréciation (2).

430. Il y a dans le commerce et l'industrie des

---

(1) Paris, 22 mars 1834 (Dalloz, 34, 2, 129). Il s'agissait d'un fonds de commerce de *boulangerie*. Mais l'analogie tirée de cet arrêt est évidente pour le cas d'un office envisagé au point de vue où nous nous plaçons. V. MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 364. *Suprà*, n° 413.

(2) Devill., 43, 2, 172.
Infrà, n° 1665.

fonctions qui, sous plusieurs rapports, peuvent se comparer aux offices venaux. Celui qui, par son talent et sa probité, s'est placé à la tête d'une riche compagnie de finances, soit comme gérant, soit comme directeur, occupe une position honorable et lucrative tout à la fois, qui n'est pas inférieure à certains offices publics. Cette fonction industrielle ou commerciale est une propriété mobilière qui entre dans la communauté, surtout si c'est depuis le mariage que le mari se l'est assurée. Vainement dirait-on que le mari n'est arrivé à ce succès que par sa capacité personnelle, et que ce genre de propriété dû à l'esprit, au talent, aux facultés personnelles de l'homme, doit être propre et personnel comme sa cause. En matière de communauté conjugale, rien n'est plus inexact que cette idée. Pourquoi pensez-vous qu'une femme ait donné ses préférences à un homme de mérite, si ce n'est pour être associée aux avantages honorifiques et lucratifs que l'intelligence assure aux hommes dans un siècle où, comme le disait Mme de Staël, *l'esprit est une dignité?* D'ailleurs, rien n'appartient plus au domaine de la communauté que les profits de l'industrie : chaque époux lui doit son activité et son travail.

431. A la dissolution de la communauté par le décès de la femme, le mari conserve son titre s'il le juge convenable. On ne saurait l'obliger à s'en défaire sans inhumanité et ingratitude (1). Il a conquis

(1) *Suprà*, n° 426.

cette position avantageuse par ses qualités personnelles ; ces mêmes qualités lui en assurent la continuation auprès de ceux qui lui ont donné leur confiance, et qui, après tout, sont maîtres de le garder, comme il est maître de leur donner son temps à l'avenir. Tout ce à quoi il est obligé, c'est d'indemniser les héritiers de la femme, suivant ce que nous avons dit aux nos 427, 428 et 429, c'est-à-dire suivant la valeur au moment de la dissolution.

432. La communauté acquiert également le fonds de commerce qui est acheté pendant sa durée. Pour le partage à la dissolution du mariage, on se règle suivant les principes posés aux nos 427, 428, 429, avec cette nuance cependant, que le fonds de commerce est une propriété de communauté à un degré bien plus intime que l'office public ou la fonction industrielle ; que par conséquent l'exploitation de ce fonds, depuis la dissolution de la communauté, est censée faite au nom et dans l'intérêt commun ; que dès lors ce qui appartient à la communauté, c'est le prix du fonds de commerce, quelle que soit l'époque de la vente depuis la dissolution de la communauté (1).

433. La communauté acquiert même ce qu'il y a de plus personnel au monde, à savoir : la propriété

(1) Arrêt de Paris du 22 mars 1834 (Dalloz, 34, 2, 129). L'arrêtiste ne paraît pas avoir saisi la nuance qui existe, sous ce rapport, entre l'office public et le fonds de commerce.

littéraire et artistique. L'œuvre de l'esprit et de l'art est communiquée à la société conjugale, non seulement dans ses produits, mais encore dans sa valeur capitale; c'est l'ouvrage même qui appartient à la communauté (1). Autrefois, il n'en était pas ainsi. Lorsqu'un auteur obtenait un privilége pour publier un ouvrage, cet ouvrage restait sa propriété exclusive pendant toute la durée du privilége, et il devenait propriété publique à l'expiration de ce privilége (2); seulement, les bénéfices qu'avait procurés l'ouvrage pendant l'existence de la communauté, entraient comme valeur mobilière dans cette communauté (3).

En combinant, avec le Code civil, les lois modernes qui ont organisé la propriété littéraire, on arrive à d'autres idées. L'ouvrage est un meuble, et à ce titre, il se communique de plein droit à la communauté.

Telle n'est cependant pas l'opinion de M. Toullier (4). Il pense que la communauté n'acquiert que le produit des éditions faites pendant le mariage, ou

---

(1) MM. Zachariæ, t. 3. p. 413.
Duranton, t. 14, n° 131.
Rodière et Pont, t. 1, n° 362.
Odier, t. 1, n° 82.
Parent. *Lois de la presse*, p. 458.

(2) Arrêts du Conseil des 30 août 1777 et 30 juillet 1778.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 258.

(3) *Id.*

(4) T. 12, n° 116.

le prix de la cession opérée à la même époque ; car ce sont là des objets mobiliers qu'on ne saurait enlever à la communauté. Quant aux produits des éditions postérieures à la dissolution du mariage, la communauté n'y a pas droit sans une stipulation expresse.

C'est sur le décret du 5 février 1810 que M. Toullier fonde cette opinion. Or, il n'y a pas un mot dans ce décret qui y conduise. Le seul article qui ait quelque trait à la question, est l'article 39 où on lit ce qui suit :

« Le droit de propriété est garanti à l'auteur et à » sa veuve pendant sa vie, si les conventions matri- » moniales de celle-ci lui en donnent le droit, et à » leurs enfants pendant vingt ans. »

M. Toullier a-t-il entendu que cet article devait être interprété en ce sens, que la femme commune n'a droit sur la propriété littéraire et artistique qu'autant que le contrat de mariage en contient une clause expresse? On serait tenté de croire que telle a été sa pensée. Mais est-il nécessaire de dire que quand le décret parle des conventions matrimoniales, il embrasse dans sa généralité la communauté légale aussi bien que la communauté conventionnelle? est-ce à M. Toullier qu'il était permis d'oublier cette vérité, lui qui adopte, avec nous, le sentiment de Dumoulin et de Pothier, d'après lequel le régime en communauté légale, renferme en soi une convention tacite de communauté (1)?

---

(1) *Suprà*, nos 22, 23 et suiv.

Ceci posé, puisque la propriété littéraire et artistique est mobilière, et que les époux sont communs en biens, il est clair que l'œuvre du mari tombe dans la communauté. Sans doute, cette œuvre de la pensée est la plus personnelle de toutes; mais tandis que le mari était occupé à ses compositions, la femme se dévouait de son côté aux soins du ménage, à l'éducation des enfants, à la gestion économique des intérêts communs, trop négligés souvent par les hommes de lettres. Chacun a donc mis à la masse commune sa part afférente. Si le travail du mari a un caractère plus relevé, les soins de la femme partent d'un sentiment plus affectueux. Le mari a reçu ses soins; il en a joui; il en a profité : la femme doit aussi avoir son lot dans l'honneur et l'émolument des œuvres de son mari. C'est le digne prix de sa préférence pour lui et de sa sollicitude pour tout ce qui le touche : *Consortium omnis vitæ.*

Et puis, remarquons une contradiction bien singulière dans l'opinion de M. Toullier. Il veut que le prix de la cession faite pendant le mariage tombe dans la communauté sans récompense. Mais n'est-ce pas dire qu'elle est une propriété commune? et si elle est propriété commune, pourquoi la convertir en propre à la dissolution du mariage?

434. Observez cependant que lorsque c'est l'auteur qui survit, il peut être admis à garder, moyennant indemnité, la propriété de son œuvre; car il a intérêt à la refondre et à l'améliorer. Il faut favoriser toutes les combinaisons qui conservent à l'auteur les prérogatives qui sont dans l'intérêt de

l'art et de la dignité de l'écrivain. On peut argumenter ici de ce que nous avons dit aux nos 426 et suivants (1).

435. Avant de quitter ce sujet, nous devons toucher un point indiqué par Pothier et qui s'y rattache naturellement; je veux parler des manuscrits non édités, qui se trouvent à la dissolution dans les papiers de l'un des époux.

Pothier s'exprime ainsi (2) : « Les manuscrits
» qu'un homme d'esprit a composés ne doivent pas
» non plus être compris dans l'inventaire ; ce sont
» choses inestimables, qui ne sont pas censées faire
» partie d'une communauté de biens, ni même
» d'une succession : on doit donc les laisser au sur-
» vivant qui les a composés, et s'il est prédécédé, à
» l'aîné de ses enfants, ou à défaut d'enfants, à
» l'aîné de sa famille, quand même ces personnes
» auraient renoncé à sa succession. »

Cette opinion est digne de considération, et quoiqu'en dise M. Odier (3), elle n'a rien de commun avec celle que nous avons réfutée au n° 433, au sujet de la propriété littéraire. De quoi s'agit-il ici? non pas d'une œuvre éditée, ayant sa place dans la propriété littéraire et artistique, mais de manuscrits

---

(1) MM. Duranton, t. 14, n° 132.
Rodière et Pont, t, 1, n° 363.

(2) N° 682.
Et sur Orléans, introd. au t. x, n° 96.

(3) T. 1, n° 82.

gardés secrets par l'auteur et destinés peut-être, dans sa pensée la plus intime, à ne voir jamais le jour.

C'est qu'en cette matière, il y a des distinctions dont il faut tenir grand compte. Un manuscrit est laissé par un auteur avec la destination arrêtée ou présumable, de le livrer tôt ou tard à l'impression. Cette destination le range sur-le-champ dans la classe des choses profitables ou vénales qui tombent dans le domaine de la communauté.

Mais si le manuscrit n'est qu'une communication secrète et intime de l'auteur avec lui-même, si sa destination le rend étranger au public, il faut le mettre dans le nombre des papiers de famille qui doivent rester aux héritiers. La communauté ne saurait le revendiquer; car la communauté, qui n'aboutit qu'à un partage de valeurs actives et passives, n'a pas droit aux choses qui sont sans valeur vénale, et, dont les souvenirs personnels font seuls tout le prix (1).

456. J'en dirai autant des correspondances adressées à chaque époux, et dont ils ont fait collection. Notez que je n'entends pas parler des autographes qu'ils auraient recueillis par curiosité : il y a dans ces autographes une valeur vénale; ils appartiennent à la communauté qui a droit d'en opérer le partage. Mais quand je m'occupe de la correspondance, je ne fais allusion qu'à celle qui a été pour chacun

---

(1) *Infrà* N° 451.

des époux, un échange de pensées avec des parents et des amis. Rien n'est plus propre et plus personnel que ces collections de lettres confidentielles; la communauté n'a rien à y prendre, si ce n'est celles qui auraient trait à quelque affaire commune (1).

437. Mais revenons aux meubles acquis pendant le mariage, et dont s'augmente la communauté.

Nous avons dit ci-dessus que la rente viagère existant au moment du mariage, tombe dans la communauté (2). A plus forte raison faut il considérer comme effet de communauté, une rente viagère, créée pendant le mariage. Ainsi, si le mari constitue, à son profit, une rente viagère pendant la communauté, il n'est pas fondé à se l'approprier en s'engageant à récompenser la communauté. Cette rente est une propriété de la communauté qui en a payé la valeur (3); elle doit se partager entre le rentier survivant et les héritiers de l'époux prédécédé.

438. Bien plus, quand la rente viagère a été stipulée reversible sur la tête du survivant des époux, ce n'est pas à dire que le survivant doit prendre la totalité de la rente. Cette clause n'a pour but que de fixer l'époque de l'estimation de la rente; mais elle n'empêche pas que la rente ne soit un effet de com-

---

(1) *Infrà* Nº 451.
(2) *Suprà*, nº 407.
(3) Agen, 6 mars 1844 (Dalloz, 45, 2, 56 et 57).

munauté. Or, d'après l'article 1467 du Code civil, tout effet de communauté doit se partager. Rien dans la constitution de la rente ne déroge à ce principe (1).

459. Mais quand la femme renonce à la communauté, il ne saurait plus en être ainsi, et alors la femme se présente comme donataire, gratifiée par le mari, qui a seul fourni le prix. Elle est comparable à un donataire étranger, et elle jouit du même bénéfice que lui (2).

Cela serait vrai surtout si l'épouse avait payé la reversibilité par quelque sacrifice fait en faveur de son mari.

Écoutons l'arrêt que voici :

Les sieur et dame Delagarde, mariés en communauté, achètent pendant leur union une maison, et la revendent pour 2,000 f. et une rente viagère de 600 f. reversible sur la tête du dernier mourant. La dame Delagarde en donnant son concours à cette vente, renonça à l'hypothèque légale qu'elle pouvait avoir sur la maison. Son mari la laissa veuve ; elle renonça à la communauté. Mais en renonçant, elle exigea le service de la rente viagère de 600 fr. jusqu'à sa mort. Ce droit là fut contesté ; et la cause ayant été

---

(1) Orléans, 28 décembre 1843 (Dalloz, 44, 2, 98). MM. Rodière et Pont, t. 1, nº 40, p. 252.

(2) Paris, 25 mars 1844 (Dalloz, 44, 2, 97). Mon comm. *de la Rente viagère*, nº 257.

portée devant la Cour d'Orléans, fut jugée en faveur de la femme. La Cour, par son arrêt du 30 novembre 1841, pensa que la reversibilité de la rente viagère n'avait pas été stipulée en vue de l'acceptation de la dame Delagarde, mais qu'elle était le prix de son consentement au contrat et de sa renonciation à son hypothèque légale. Partant de là, le mari qui aurait pu stipuler la rente viagère au profit d'un étranger (art. 1973 du Code civil), a pu en stipuler la reversibilité au profit de sa femme, pour la récompenser de sa renonciation.

Sur le pourvoi en cassation, la requête a été rejetée, au rapport de M. Mestadier, par arrêt du 15 mars 1844 (1), et cette décision me paraît digne d'approbation (2).

440. Dans l'ancien droit l'on enseignait que le bail pris par le mari, est un effet de communauté à la continuation duquel la femme ou ses héritiers sont obligés par le fait de leur acceptation de la communauté (3). Si l'on adopte nos idées sur le caractère imprimé au bail par le Code civil, on laissera à l'ancien droit cette opinion sur l'acquisition du bail à la communauté (4). On y persistera, au contraire, si l'on reste attaché à la routine.

---

(1) Devill., 44, 1, 410.
Dalloz, 44, 1, 229.

(2) V. mon comm. *de la Rente viagère,* art. 1973, n° 257.

(3) Ferrières sur Paris, art. 222, glos. 1, n° 18.

(4) *Suprà,* n° 403.

441. Nous terminons ici cette énumération des choses mobilières qui entrent dans la communauté. Il serait inutile de multiplier les citations et les exemples.

Occupons-nous des choses mobilières qui, par exception, ne font pas partie de la communauté conjugale.

442. Une première exception est signalée par l'art. 1401, § 1, du Code civil ; elle se réalise quand un donateur déclare dans la donation d'effets mobiliers faite à l'un des époux, qu'il veut que ces effets n'entrent pas dans la communauté. Peu importe que la convention matrimoniale expresse ou tacite, ait stipulé que tous les meubles à échoir entreraient dans la communauté ; ce pacte ne lie pas le donateur ; il est pour lui *res inter alios acta.* Et puis, il y a une règle de droit qui domine tout : *Unicuique licet quem voluerit modum liberalitati suæ apponere.* C'est donc avec raison que le législateur reconnait au donateur le droit d'imposer la condition, que les valeurs mobilières données resteront propres à l'époux donataire. Ceci confirme pleinement la doctrine que nous avons enseignée ci-dessus, n° 68 (1).

443. Voici une seconde exception : les choses mobilières qui sont substituées durant la communauté, à un propre, sont propres à l'époux maître de ce propre.

---

(1) Pothier, n° 102.

Il y a subrogation, et le meuble s'empreint du caractère immobilier (1).

Ainsi, un héritage propre à l'un des conjoints est vendu pendant le mariage; de deux choses l'une, ou le prix est encore dû, ou il a été payé : s'il est encore dû, c'est une créance qui, quoique mobilière, reste propre à l'époux propriétaire; s'il a été payé, la communauté qui l'a reçu en est simple dépositaire, et l'époux a le droit de le prélever (2).

444. C'est pourquoi la soulte de partage, ainsi que le prix qui tient lieu à l'un des époux de l'immeuble successoral licité, pendant le mariage, ne sont pas considérés comme meubles entrant en communauté (3); ces deniers tiennent nature de propres.

Ceci n'est pas en contradiction avec ce que nous avons enseigné ci-dessus (4), d'une soulte en argent due au moment du mariage; il est tout simple, en pareil cas, de la faire tomber dans la communauté.

---

(1) Pothier, nos 99 et 197.
V. art. 1433 C. civ.
Et *infrà*, n° 638.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 499.
Toullier, t. 12, nos 151 et 152.

(2) Art. 1433.

(3) Pothier, *Communauté*, nos 99 et 100.
MM. Toullier, t. 12, n° 118.
Duranton, t. 14, n° 118.
Nancy, 3 mars 1837 (Devill., 39, 2, 202).

(4) N° 367.

Mais ici, nous nous occupons d'une soulte qui, pendant le mariage, prend la place d'un héritage propre. Or, les principes d'équité admis en matière de communauté, ne permettent pas que les propres aillent se perdre dans la communauté. Ce qui est nature de propre au moment du mariage, doit rester tel jusqu'à la fin ; sans quoi, l'immutabilité du contrat de mariage serait blessée, et les époux seraient exposés à voir périr un patrimoine dont la conservation importe à la famille et à l'État.

Dans cet état de choses, il est clair que la soulte, ainsi que le prix tenant lieu de l'immeuble successoral licité, sont propres. Cet argent n'est pas un meuble venant du défunt ; l'époux ne tient de ce dernier qu'un immeuble. En effet, comme le dit Pothier, le prix de la licitation n'est pas pris dans la succession, mais dans la bourse particulière de l'adjudicataire ; et, dès lors, comment serait-il possible de considérer cette somme d'argent comme un meuble venant du défunt et que le partage attribue à l'époux ? Il est évident que ce que l'époux tient du défunt, c'est un immeuble, et que le prix est subrogé à cet immeuble. *Vice corporis habetur* (1). Ces idées sont maintenant acceptées généralement.

Si cependant la soulte était payée à l'époux avec des valeurs mobilières dépendantes de la succession,

---

(1) L. 78, § 4, D., *De jure dotium* (Tryphoninus).

il en serait autrement (1). Je suppose qu'une femme commune ait part dans une succession où il y a trois immeubles inégaux et trois héritiers, et de plus des capitaux : par le partage, elle a l'immeuble le moins considérable ; mais pour établir l'égalité, on lui donne une soulte prise sur les capitaux de la succession. Dira t-on que ces capitaux n'entrent pas dans la communauté? ce serait abuser de la doctrine que nous exprimions tout à l'heure; ces valeurs mobilières qui entrent dans le lot de l'épouse, lui viennent du défunt; elles ne représentent pas les portions immobilières de ses cohéritiers, car elle est censée n'en avoir jamais été propriétaire, et ses cohéritiers tiennent ces parts immédiatement du défunt (2).

445. Que dirons-nous du cas que voici ?

Un mari a acheté avant son mariage un immeuble à vil prix; sur l'action en rescision intentée depuis qu'il est marié, il préfère rendre l'immeuble et retirer l'argent qu'il a payé : cette somme tombe-t-elle dans la communauté, ou bien est-elle propre?

Pothier en fait un objet de communauté (3), car l'époux est censé n'avoir jamais été propriétaire. Son abandon n'est donc pas comparable à une vente,

---

(1) Arg. d'un arrêt de Caen du 9 mars 1839 (Devill. 39, 2, 361).

(2) Pothier, n° 100.
Infrà, art. 1549, aff. *Lafarge*.

(3) N° 598.

et la somme qu'il reçoit ne peut passer pour le prix de son propre.

Cette opinion est fortement combattue par les auteurs modernes (1), et je me range à leur avis. L'immeuble était propre ; il est juste et naturel que la somme d'argent qui vient prendre sa place, ait le même caractère : sans quoi le mari serait maître d'avantager la communauté en abandonnant la chose et en préférant le prix, ou de lui porter préjudice en préférant la chose et parfaisant le prix.

446. Il est une troisième exception : l'art. 1492 permet à la femme qui renonce, de retirer les linges et hardes à son usage : ce sont là des meubles personnels.

447. Une quatrième exception est remarquée par les anciens jurisconsultes et par quelques coutumes ; elle a trait à certains meubles que l'affection fait supposer propres. Laissons parler Coquille : « Tours, art. 307, met une belle et honorable limitation, qui méritoit bien d'être générale partout, que le survivant a en advantage ses habits quotidiens et de dimanches ; et s'il est noble, il a aussi ses armes précieuses ; et s'il est de lettres, ses livres : dont la raison est qu'il y a affection parti-

(1) M. Toullier, t. 12, n° 189.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 419.

culière envers tels meubles, et c'est contre-cœur au survivant de les voir partager (1). »

On notera que ceci est plutôt un avantage fait au survivant par un sentiment de faveur (2), et que si le propriétaire de ces objets vient à prédécéder, ces objets se partagent.

Aucune disposition du Code civil n'a rappelé cet usage de la coutume de Touraine; mais il est tellement pieux que nous ne voudrions pas le contester. Il serait inhumain d'enlever au survivant ses linges et hardes; l'art. 1492 cité au numéro précédent, en est la preuve. On ne pourrait non plus enlever à un militaire ses armes, à un magisrat sa robe d'audience et de cérémonie (3), à un membre de la Légion d'Honneur les insignes de son ordre (4).

448. Je conviens que si les livres du survivant composaient une bibliothèque chèrement achetée aux frais de la communauté, il ne serait pas juste de la laisser au survivant sans récompense; c'est pourquoi Dumoulin disait très-bien, que si le mari survivant était un avocat ou un médecin marié en communauté, il pourrait retenir la totalité de la bi-

---

(1) Instit. au Droit français, *Traité du droict des mariés.*
Arg. de la loi *Cum patronus*, D., *De legat.* 2°,
Et penult., D., *De servit.*

(2) La coutume de Touraine lui donne le nom de *préciput*

(3) Pothier, n° 682.

(4) *Id.*

bliothèque en en payant la moitié aux héritiers de la femme prédécédée, suivant la valeur présente au moment du décès : « Doctor vel advocatus, mortuâ » uxore quæ erat communis, potest dare, vel minus » accipere, mediam partem valoris tunc præsentis » librorum suorum, et omnes libros in specie reti» nere (1). » Mais lorsqu'il s'agit de livres qui ne sont pas en grand nombre et dont l'utilité est quotidienne au survivant, il serait trop dur de les lui enlever. La sage pensée de la coutume de Touraine devrait être prise en considération.

449. Les portraits de famille ne font pas partie des biens de la communauté ; chacun prend les siens (2).

450. Le portrait du conjoint prédécédé est laissé à l'autre conjoint pendant sa vie, à la charge de le rendre après sa mort à la famille du prédécédé (3).

451. Nous avons parlé ci-dessus des manuscrits (4) et des correspondances (5).

---

(1) Sur Décius, *ad leg* 14, C., *De collat.*, au mot *Estimationem.* p. 869, t. 3.

V. M. Tessier, *Société d'acquêts*, nos 75 et 245.

(2) Pothier, n° 682.

(3) Pothier, n° 682.

(4) N° 435.

(5) N° 436.

452. Après avoir traité ce qui concerne les meubles appartenant aux époux lors du mariage, et les meubles à eux échus pendant le mariage, occupons-nous des fruits des propres; notre art. 1401 en fait une classe particulière, et en cela, il a suivi le conseil de Pothier (1). Ce n'est pas assez, en effet, de voir en eux des objets mobiliers; car il y a certains objets mobiliers provenant des propres des époux qui, quoique meubles, n'entrent pas dans la communauté : tels sont les bois de haute futaie. La qualité d'objets mobiliers n'est donc pas suffisante pour fixer le sort des choses provenant des propres; la qualité de fruits est surtout dominante et décisive. Tous fruits quelconques des propres, fruits naturels, fruits industriels, fruits civils (2), tout cela entre dans l'actif de la communauté.

Pour quelle raison les fruits des propres ont-ils cette destination virtuelle?

Si l'on veut se faire des idées justes sur ce point, il est nécessaire de distinguer les propres de la femme et les propres du mari. Parlons des propres de la femme.

453. Loyseau a traité la question de savoir pourquoi le mari fait siens les fruits des propres de sa femme (3). « Ce n'est pas seulement à cause de la

---

(1) N° 204.
(2) Art. 583 et suiv. C. civ.
(3) *Déguerp.*, liv 2, chap. 4, n°s 2 et 3.

» communauté, dit-il, car l'usage nous apprend
» que, et aux pays où il n'y a pas de communauté,
» et en cettui-cy quand elle est excluse par le traité
» de mariage, le mary ne laisse pas de jouir des
» biens de sa femme (1). »

Pour éclairer ce point, Loyseau remonte aux institutes romaines. Les femmes, dit-il, avaient à Rome trois sortes de biens : *triplex erat res uxoria*. Elles avaient la dot ; elles avaient les paraphernaux ; elles avaient les *res receptitias*, qu'elles retenaient auprès d'elles, à la différence de la dot qui était donnée au mari pour soutenir les charges du mariage, et des paraphernaux dont le mari pouvait avoir la possession (2). Sur les biens réservés, le mari n'avait ni seigneurie ni possession.

Mais cette distinction n'avait pas lieu dans les mariages accompagnés de la coemption ; car, en entrant *in manum mariti*, la femme apportait à son mari la propriété de tout son patrimoine (3).

Nos mariages français sont semblables pour les effets, au mariage romain *per coemptionem*, et même nous voyons que le mari baille à sa femme un treizain pour l'acheter, ce qui se faisait aussi à Rome. La femme passe en puissance de son mari ; elle ne peut faire aucun contrat, ni ester en jugement sans autorisation du mari ; elle perd son nom, de telle

(1) Art. 1530 et 1531.
Infrà, n° 2255.

(2) Aulu-Gelle, liv. 7, cap. 6

(3) Cicér., *Topiques*.

sorte que jadis dans les actes, on ne mettait jamais le nom de famille de la femme. La formule était : *Un tel et Jeanne, sa femme* : ou bien : *Jeanne, femme ou veuve d'un tel.*

Cette puissance du mari sur la femme embrasse non-seulement la personne, mais encore les biens. En France, le mari est seigneur indistinctement de tous les biens de sa femme. Dans les pays de communauté, on ne connaît pas la distinction des biens dotaux et paraphernaux ; la femme n'a de biens réservés que ceux dont elle s'est retenu la libre jouissance par son contrat de mariage. Sinon, le mari en est seigneur, si ce n'est qu'il ne peut les vendre sans le consentement de la femme, par imitation de la loi *Julia*, D., *de Fundo dotali*. C'est pourquoi le mari se qualifie communément des seigneuries appartenant à sa femme. M. de Nevers fut admis à tenir le rang et les prérogatives de la pairie à cause des pairies de Nivernais et Ratelois appartenant à sa femme.

Pourquoi est-il dû relief ou rachat au seigneur du fief, quand sa vassale se marie? C'est parce que la seigneurie du fief passe en la personne du mari.

De tout cela il suit que la seigneurie du mari résulte non pas seulement de la communauté, mais encore de la puissance maritale (1). Le mari jouit des propres de la femme tant à cause de la communauté qu'à cause de la puissance maritale (2).

---

(1) N° 10.
(2) N° 17.

154. Nous ne voulons pas prendre pour notre compte toutes les assertions et les comparaisons historiques de Loyseau. Mais au fond il est vrai de dire que la puissance maritale a été, dans l'origine, une cause aussi puissante que la communauté, pour faire attribuer au mari les fruits des propres de la femme. L'art. 1530 du Code civil est un dernier reflet de ce droit ancien, appelé héroïque par Vico, et aux yeux duquel la femme s'effaçait devant la puissance maritale. L'exclusion de communauté n'empêche pas que les fruits des propres de l'épouse ne soient attribués au mari pour soutenir les charges du mariage. Le mari les gagne *jure mariti*. Il n'est donc pas vrai de croire que le mari fait les fruits siens par la seule puissance de la communauté; il faut avoir égard aussi à la puissance maritale, qui, alors même qu'il n'y a pas de communauté, revendique la jouissance des biens propres de la femme (1). Ce droit d'administration, de jouissance, d'usufruit, consacré par l'art. 1530 du Code civil, ne se présente plus aujourd'hui avec les caractères de hauteur qu'il avait dans le droit primitif. L'adoucissement des mœurs a poli les principes juridiques. Mais il n'est pas moins vrai que, dans l'origine, une idée de seigneurie s'attachait aux rapports du mari et de la femme, non-seulement en ce qui concerne la personne, mais encore en ce qui concerne les biens. L'ancienne coutume de Bourg en est la preuve : « Le

---

(1) Lebrun, p. 191, nos 1 et 2.

» mari peut faire sa volonté des biens de sa femme, » sans son consentement, durant le mariage, et non » plus : et peut le mari plaidoyer sur saisine et pos- » session des choses appartenant à sa femme, sans » elle (1). » Plus tard, ce droit du mari s'est modifié. Il a été transformé en un droit de *bail, garde, gouverneur, mainbour, légitime administrateur* et *régentant* (2). Le droit coutumier formula alors ce principe : *Le mari est bail* de sa femme (3), et cette jurisprudence eut quelque chose de plus honorable pour l'épouse. Mais il n'en resta pas moins certain que le mari n'avait pas seulement, à titre de chef de la communauté, la jouissance des biens propres de la femme, qu'il l'avait surtout à titre de bail, gardien, ou mainbour, et par l'effet de la puissance maritale. C'est ce qu'enseigne très-justement Delaurière dans ses notes sur Loisel (4), et Pothier ne s'éloigne pas de ce sentiment, car il dit : « La puissance maritale ne » donne pas à la vérité au mari *jus domini* sur les » immeubles propres de la femme ; mais elle lui » donne, par rapport auxdits biens, une espèce de » droit de bail et de gouvernant (5). » Puis, parmi

---

(1) Art. 16.
V. Delaurière sur Loisel, liv 1, t. 2, n° 16.

(2) Loisel, liv. 1, t. 4, n° 1.

(3) *Id.*, n° 3.

(4) Sur la règle 3, liv. 1, t. 4. V. aussi ce qu'il dit dans son Glossaire. *Infrà*, n° 974.

(5) *Puissance du mari*, n° 86.

les effets qui découlent de ce droit de bail, il compte celui de percevoir tous les fruits et revenus des propres de la femme (1).

455. Voilà les notions justes auxquelles il faut s'arrêter. Si Loyseau a donné à la puissance du mari une couleur plus voisine du droit de propriété, c'est qu'il était plus rapproché de ces temps anciens dont les échos répétaient encore les conceptions du droit héroïque. Au surplus, nous reviendrons sur ce sujet dans notre commentaire de l'art. 1428 (2).

456. Quant aux fruits des propres du mari, s'ils tombent dans la communauté formée pour soutenir les charges du mariage, il ne faut pas en rechercher la cause ailleurs que dans la société de biens existant entre le mari et la femme. En effet, quand il n'y a pas de communauté, le mari ne doit pas de compte à sa femme des fruits qu'il a recueillis sur les biens à lui appartenant : il est censé avoir voulu se réserver les fruits de ses propres pour les administrer suivant son intérêt domestique et le meilleur usage de la famille (3).

457. Maintenant, fixons-nous sur la valeur de ces mots, *les propres* des époux, qui vont revenir si sou-

---

(1) N° 90.
(2) N°s 973 et 974.
(3) *Infrà*, n° 2241.

vent dans ce commentaire, et qui contribuent par les fruits à former la masse commune (1).

La matière des propres était autrefois très vaste et très-compliquée (2); elle avait introduit dans la jurisprudence une étude entièrement inconnue des Romains. A Rome, le régime matrimonial n'était pas la communauté, et l'on n'avait pas d'intérêt à distinguer les biens communs et les biens propres. De plus, dans le système de la succession romaine, où il n'y avait qu'un seul patrimoine, on ne faisait pas de distinctions légales entre les biens, pour attribuer les uns à tels héritiers, les autres à tel autre ordre de successeurs.

Le droit coutumier se plaça à un autre point de vue: le régime de la communauté fut la loi matrimoniale en faveur, et il fallut faire une distinction nécessaire entre les effets de communauté et les propres de communauté. D'un autre côté, la loi successorale établit des distinctions entre les biens: on attribua les meubles et acquêts à certains héritiers, les biens anciens à certains autres. On distingua même, entre les propres paternels et les propres maternels. La différence des patrimoines dans une même succession força de plus en plus à insister sur la différence entre les propres et les acquêts.

---

(1) *Infrà*, n° 565.

(2) V. le *Traité des Propres* de Renusson.

458. En soi, le mot *propre* signifie une chose qui nous appartient en particulier et qui n'est pas commune (1), c'est en ce sens qu'il est employé dans le régime de la communauté (2). Le mot *propre* y désigne ce qui est hors de la communauté, tout ce qui appartient en particulier à l'un des conjoints.

459. Mais, en matière de succession, le *propre* avait, dans l'ancien droit, un sens différent ; il signifiait les immeubles héréditaires, les anciens héritages, ceux qu'on tenait de ses ancêtres ou autres parents par un titre successif, ou équipollent à succession (3). C'était là le point difficultueux de la matière des propres (4) ; c'était là ce qui compliquait la jurisprudence des questions les plus ardues, et entretenait dans les familles des sources de procès. Ce système des propres de succession n'était pas fondé sur la nature ; il reposait sur des idées aristocratiques. Les lois modernes l'ont fait tomber ; elles en sont revenues à la notion romaine, qui était la vraie, savoir, que le patrimoine du défunt est un.

460. Mais le système des propres de commu-

---

(1) Renusson, chap. 1, sect. 2, n° 1.
(2) *Id.*, n° 3.
(3) Pothier sur Orléans, introd. générale, n° 58.
Bourgogne, t. 3, art. 46.
Nivernais, t. 34, art. 8 et 9.
(4) Renusson, chap. 1, sect. 3, n° 7.

nauté, ayant son explication dans des distinctions réelles et nécessaires, s'est maintenu avec le régime de la communauté. A moins d'obliger les époux à former une société aussi universelle que possible, on ne pouvait effacer la distinction des propres de communauté et des effets de communauté. A côté de ce qui entre dans la communauté, il fallait classer ce qui n'y entre pas. Les héritages *propres* sont donc ceux qui n'entrent pas dans la communauté (1).

461. La suite de ce commentaire nous montrera l'importance de cette distinction; nous verrons le rôle considérable qu'elle joue dans le régime de la communauté, et les précautions prises par la prudence du législateur pour empêcher que la communauté n'attire à elle et n'absorbe des biens qu'il est de l'intérêt public de conserver aux époux et à leur famille. Pour le moment, tout ceci doit être mis en réserve et ajourné. Nous n'avons à nous occuper des propres, qu'à cause des fruits qu'ils produisent et qui tombent dans la communauté.

462. Retenons d'abord ceci :

C'est que, soit que les propres appartinssent aux époux au moment du mariage, soit qu'ils ne leur soient obvenus que pendant le mariage et d'une manière imprévue, leurs revenus appartiennent sans distinction à la communauté (2).

---

(1) Pothier sur Orléans, *loc. cit.*
(2) Art. 1401, § 2.

463. Ajoutons cette autre remarque : c'est qu'il importe peu que les propres soient meubles ou immeubles, ou bien qu'ils soient propres réels ou propres conventionnels. Toutes les fois qu'ils sont frugifères, les fruits, revenus, intérêts, entrent dans la communauté (1). En un mot, tout ce qui est propre à quelque titre que ce soit, contribue par ses produits au soutien du mariage et de la communauté.

464. Ceci entendu, abordons quelques notions indispensables pour connaître la manière dont les fruits tombent dans la société conjugale.

Occupons-nous d'abord des fruits naturels et industriels (2).

Une première règle est que les premiers fruits que produisent les propres après le mariage, appartiennent à la communauté sans déduction des labours et semences (3). Vainement dirait-on qu'au moment du mariage les fruits font partie du fonds, « *fructus pendentes pars fundi esse videntur* (4) ; » qu'ils sont immeubles, et qu'un remploi en est dû. La

---

(1) Art. 1401, § 2.

(2) Art. 583 et suiv. C. civ.
V. *infrà*, n° 3126.

(3) Arg. de l'art. 585 C. civ.
Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 1,
Et liv. 3, chap. 2, n° 1.

(4) L. 44, D., *De rei vindicat.*

réponse est que les fruits ont une destination naturelle, qui est de supporter les charges du mariage. Or, quand les époux se trouvent en face des premières charges du mariage, qui sont les plus onéreuses et les plus pressées, on voudrait enlever à la communauté les premiers fruits, qui sont les plus nécessaires ! Que les fruits fassent partie du fonds en matière de vente, on le conçoit ; mais il n'en est pas de même en matière de dot. Ulpien proclame ici un droit différent au nom de l'équité : *Dotis fructus ad maritum pertinere debere æquitas suggerit ; cùm enim ipse onera matrimonii habeat, æquum est eum etiam fructus percipere* (1).

Cette règle s'applique, soit que la perception des fruits pendants soit prochaine, soit qu'elle soit éloignée, comme celle des taillis, qui peut n'arriver que quelques années après le mariage (2).

465. Nous avons dit que la communauté prend les fruits sans déduction des labours et semences qui ont été payés. En effet, ces frais n'ont été acquittés que sur des sommes qui seraient entrées dans la communauté si elles étaient restées dans les mains de l'époux (3).

466. Une seconde règle est que la communauté

---

(1) L. 7, D., *De jure dotium.*
(2) Lebrun, *loc. cit.*
(3) M. Toullier, t. 12, n° 124.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 384.
Infrà, n°s 1868 et 3127.

profite des fruits perçus avant le mariage, et encore extants au moment de la célébration. Ce sont, en effet, des meubles qui entrent en communauté, s'ils n'en sont exceptés (1). Si, par exemple, Titius se marie en communauté avec Caia, qui lui apporte en dot une ferme dont les greniers viennent d'être remplis par la récolte de l'année, cette récolte entrera dans la communauté. Ce sont des meubles qui font partie de la mise commune quand ils ne sont expressément exceptés; s'ils n'appartiennent pas à la communauté comme fruits, ils lui appartiennent comme meubles. Le contraire n'a été enseigné par M. Odier que par une inadvertance évidente (2); MM. Rodière et Pont l'ont très-bien relevée (3).

467. Voilà pour ce qui concerne la perception des fruits naturels et industriels au moment où commence la communauté. Voyons maintenant le sort des fruits naturels ou industriels au moment où elle finit.

Une nouvelle règle doit être posée ici : elle se rapproche en partie de l'article 585 du Code civil, relatif à l'usufruit; elle s'en éloigne en partie. Cette règle est que la communauté ne profite pas des fruits pendants sur les propres au moment de la dissolution de la communauté. Ces fruits appartien-

---

(1) Lebrun, *loc. cit.*
Pothier, n° 208.
(2) T. 1, n° 59.
(3) T. 1, n° 373.

nent à celui des époux qui est propriétaire de la chose (1). Seulement ce dernier est tenu de rembourser à l'autre époux la moitié des frais de labours et semences, façons et impenses (2). Il serait injuste que l'époux propriétaire du propre profitât des fruits, et laissât les dépenses à la charge de la communauté (3).

468. Du reste, comme il ne s'agit que d'indemniser la communauté, il suffit au conjoint propriétaire de rembourser ces frais, eu égard à la dépense réelle. Ainsi, supposez que, lors des semailles, le blé jeté en terre valût 20 fr. l'hectolitre, tandis qu'à la dissolution du mariage le blé vaut 30 fr., il ne faudrait pas avoir égard à cette augmentation. La communauté ne doit pas faire de gain; elle n'a droit qu'à une indemnité; il suffira de lui payer la semence sur le pied de 20 fr. l'hectolitre.

469. Que si c'est la femme qui est propriétaire du propre et qu'elle renonce à la communauté, elle doit rembourser la totalité des frais de labour et de

---

(1) *Infrà*, n° 551.
(2) Paris, art. 231.
Orléans, 208.
Calais, 33.
Pothier, n°s 212 et suiv.
Charondas sur Paris, art. 231.
(3) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 3, p. 98.
Delaurière sur Paris, art. 231.

semence. La raison en est que, si dans le cas d'acceptation, elle ne doit que la moitié, c'est parce que, comme commune, elle ne doit prendre à sa charge que la moitié des dépenses. Mais si elle préfère la position de femme renonçante, elle doit à la communauté la totalité de ses frais et déboursés.

470. Ces principes, qui formaient autrefois le droit commun, n'étaient pas cependant universellement admis; et certaines coutumes, faisant une distinction entre les fruits naturels et les fruits industriels, se contentaient d'accorder à l'époux propriétaire du propre, les fruits naturels ; mais elles voulaient que les fruits industriels de la terre appartinssent à la communauté, comme étant des fruits de l'industrie des conjoints et de leurs avances (1). Dans ce système, fort équitable au premier coup d'œil, et déduit avec une grande apparence de raison de ce qui se pratique en matière de société, il y avait cependant un très-grave inconvénient : c'est que lorsque la femme renonçait à la communauté, elle était obligée de voir les héritiers de son mari faire la récolte de ses propres. Le Code a repoussé non sans raison cette jurispru-

(1) Berri, chap. 8, art. 23 et 24.
Bourbonnais, art. 284.
Meaux, art. 691.
Auxerre, art. 191.
Blois, art. 184.
Infrà, n° 489.

dence (1). Les principes rigoureux s'en écartent et se combinent, au contraire, avec les idées du Code. En règle ordinaire, pour savoir qui a droit de percevoir les fruits, il faut examiner quel est celui qui est possesseur au temps de la récolte (2). De plus, la propriété des fruits dépend, non pas de la semaille, mais du sol. *Non jure seminis, sed jure soli percipiuntur* (3).

471. Il est vrai que dans notre commentaire de *la Société*, nous avons pensé que la société dissoute est propriétaire des fruits pendants au moment de sa dissolution (4). Mais si nous l'avons décidé, c'est en vertu du texte formel de l'article 1868 du Code civil, tandis qu'en matière de communauté, nous avons le texte non moins formel de l'article 1401 du même Code, qui nous conduit à une opinion différente : différence qui s'explique parce que, dans la société ordinaire, on ne trouve pas un associé armé du droit exorbitant de renoncer à la société, et que rien n'empêche alors de s'éloigner de la règle de bonne interprétation, d'après laquelle la société est censée s'étendre à ce qui est la suite nécessaire des actes faits avant la mort de l'associé.

---

(1) Art. 1401, § 2.
Infrà, n° 1866.

(2) L. 48, D., *De acq. rer. dom.*
L. 13, § *Si fructibus*, D., *De act. empt.*

(3) L. 27 et 58, D., *De usuf.*

(4) T. 2, n° 899.

472. Quelques auteurs modernes appliquant à la communauté les principes de l'usufruit (1), ont pensé, sous le Code civil, que l'époux propriétaire du propre avait droit aux fruits pendants lors de la dissolution, sans rembourser à la communauté les frais de labours et de semences, conformément à l'article 585 du Code civil. Rien n'est moins fondé que cette opinion; elle est presque universellement repoussée. L'article 1437 du Code civil ne permet pas de la soutenir (2). C'est une fausse idée en effet que de comparer la communauté à un usufruitier. La communauté tire son droit de l'association, et il faut régler sa jouissance en tenant compte de cette cause. Or, qu'arrive-t-il quand les époux associent leurs biens pour en mettre les fruits en commun avec leurs meubles et leurs dettes? Quand il y a des fruits pendants à récolter au moment de l'entrée en jouissance, il est évident que si le propriétaire a payé les frais de culture, il ne les a payés

---

(1) M. Delvincourt, notes, t. 3, p. 10, note 6.

(2) *Infrà*, n° 1195.

Junge MM. Proudhon, *Usufruit*, t. 5, n° 2685 et 2686.
Toullier, t. 12, n° 124.
Duranton, t. 14, n° 151.
Dalloz, t. 10, p. 186.
Zachariæ, t. 3, p. 414.
Devilleneuve, 9, 2, 24.
Odier, t. 1, n° 95.
Rodière et Pont, t. 1, n° 384.

Rennes, 26 février 1828 (Dalloz, 30, 2, 250).
Bordeaux, 22 mai 1841 (Devill., 9, 2, 24).

qu'avec des sommes qui seraient entrées dans la communauté. La communauté est donc censée avoir contribué à ces frais. Et puisqu'elle y a contribué, n'est-il pas juste qu'à la fin du mariage, lorsqu'elle a cultivé des immeubles dont elle ne fera pas la récolte, elle soit indemnisée, par l'effet d'une équitable réciprocité, des déboursés qu'elle a faits? L'art. 588 n'a donc aucun rapport avec la situation dont nous nous occupons ici (1).

473. Ceci posé, remarquons une grande différence entre le régime en communauté et le régime dotal : sous le régime dotal, les fruits des immeubles dotaux sont partagés à la dissolution du mariage à proportion du temps qu'a duré l'union conjugale pendant la dernière année (2) ; sous le régime de la communauté, les fruits pendants sur les propres appartiennent à l'époux propriétaire, sauf récompense des impenses de culture.

474. A l'avantage du système adopté par le régime dotal, on peut dire :

Le mariage est un titre onéreux ; le mari doit donc avoir les fruits à proportion du temps que les charges du mariage ont pesé sur lui. N'est-il pas contre l'équité que la communauté se voie frustrée

---

(1) V. *infrà*, n° 1195.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 259.
(2) Art. 1571.

de son émolument, lorsqu'elle a été tenue en réalité de dépenses commandées par la loi du mariage et par la nécessité? Aussi Ricard pensait-il que l'art. 231 de la coutume de Paris était opposé à l'équité et au droit commun.

475. Pour défendre le système adopté par le régime en communauté, on dit au contraire : Il ne faut pas s'étonner que les principes du régime dotal aient été remplacés par d'autres plus applicables à la situation des époux mariés en communauté. Le mari qui a reçu une dot, a fait une sorte de forfait pour soutenir les charges du mariage. Il faut, par conséquent, lui tenir compte de tout le temps que ces charges ont duré. Mais il n'y a pas de comparaison à établir entre le mari qui a reçu une dot, et le mari placé à la tête d'une communauté. Dans ce dernier cas, les époux sont associés; c'est donc dans les principes de la société, et non dans les principes de la dot, qu'on doit aller chercher la raison de se décider. Écoutons Dumoulin (1) : « Non tamen » praticatur, l. *Divortio*, D., *Solut. matrim.*, ut ultimi » anni fructus dividantur pro ratâ ; sed aut sunt amo- » biliati, et cedunt communioni ; aut pendent, et re- » deunt cum prædiis. Ratio potest dici bona, quià, » de jure, vir et uxor non sunt socii, sed per consue- » tudinem : sic ergò onera matrimonii non sunt viri » solius, licet habeat principalem curam et admi-

(1) Sur Paris, *T. de Douaires*, préface.

» nistrationem; sed sunt onera communionis aut so» cietatis (1). » Or, quelle est la règle en matière de société? deux systèmes se sont produits : l'un qui veut que les fruits appartiennent en entier à la société (2); l'autre qui les attribue à l'associé propriétaire, sauf le remboursement des frais de labours et semences. Entre ces deux systèmes, qui avaient chacun leur appui dans les coutumes, on peut choisir, et nous avons dit tout à l'heure que l'art. 1401 a eu de bonnes raisons pour appliquer à la société conjugale le second système plutôt que le premier. Mais quelque sentiment qu'on se fasse sur cette préférence, toujours est-il que l'idée du partage des fruits n'est pas compatible avec la société, et nulle coutume n'avait songé autrefois à emprunter ce partage au droit romain. La raison en est que le mari ne peut pas dire, comme le mari dotal, que les charges du mariage le concernent à forfait; ces charges sont la dette de la communauté, et chacun y contribue à proportion de sa part.

476. Le soin attentif avec lequel la jurisprudence a formulé les règles qu'on vient de voir, prouve qu'il ne dépend pas du mari de devancer la perception des fruits par des anticipations préjudiciables. Si, par exemple, un mari voyant la fin prochaine de sa femme et la préparation d'une abondante récolte

---

(1) *Junge* d'Argentré sur Bretagne, art. 409.

(2) Mon comm. *de la Société*, t. 2, n° 99.
Et art. 1868 C. civ.

de poires et de pommes à cidre dans les propres de cette dernière, faisait la récolte avant le temps, les héritiers de cette femme, morte après cette cueillette prématurée, pourraient prétendre à des dommages et intérêts (1).

Les fruits ne doivent être recueillis qu'étant en maturité, ainsi que le disait l'art. 207 de la coutume d'Orléans ; il y a fraude si le mari, dans la vue de frustrer les héritiers de sa femme, n'attend pas cette maturité. Les récoltes doivent être faites en temps opportun : l'époque propice se détermine soit par la maturité des fruits, soit par la périodicité des coupes forestières. Il faut s'y conformer de bonne foi : le mari est maître de la communauté pour administrer et non pour dilapider (2). S'il manque à cette règle, il est tenu non-seulement de la restitution des fruits, mais encore des dommages et intérêts. *Tu, cùm tuus annus exiturus esset, consultò fructum insequentis anni corrupisti, præstabitur à te mihi damnum* (3).

477. Réciproquement, le mari ne doit pas retarder, dans une vue intéressée, la récolte de ses propres. Supposons que sa femme soit atteinte d'une maladie mortelle, et que pour empêcher la communauté de profiter de la coupe d'un taillis à lui propre, le mari recule cette coupe jusqu'après son

(1) Pothier, n° 211.
(2) Pothier, n° 210.
(3) Africanus, l. 35, § 1, D., *Loc. cond.*

décès : c'est là une fraude qui ne saurait préjudicier à la communauté (1).

478. Ces observations acquièrent un haut degré d'importance quand on les applique à l'émolument considérable que produit la pêche des étangs. Le temps propice ne saurait être frauduleusement avancé ou reculé sans un grand préjudice.

Ici nous ferons en passant une observation : la coutume de Blois décidait (2) que la pêche des étangs qui se fait dans l'année de la dissolution de la communauté, appartient à la communauté; c'était une conséquence du système prédominant dans cette coutume, et dont nous avons parlé au n° 470 ; mais cette disposition, en désaccord avec le droit commun coutumier (3), ne saurait se concilier davantage avec l'art. 1401 du Code civil.

479. Nous venons de parler de l'acquisition des fruits naturels et industriels; jetons maintenant un coup d'œil sur les fruits civils. On sait que d'après l'art. 586 du Code civil, ils sont censés s'acquérir jour par jour; ils appartiennent par conséquent à la communauté à proportion de la durée de son existence (4).

---

(1) V. Lebrun, p. 105, n° 21
(2) Art 184.
(3) Pothier, n° 216.
(4) M. Odier, t. 1, n° 92.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 388.

480. On n'applique pas ici la maxime : *Dies inceptus pro finito habetur* ; on ne compte à la communauté que les jours accomplis ; le jour simplement commencé ne lui appartient pas (1). On l'exclut en entier, parce qu'en cette matière il n'y a pas de fractionnement, et qu'on ne calcule pas *de momento ad momentum*. Pour que le jour commencé pût profiter à la communauté, il faudrait que la fraction de fruits attachée à ce jour, fût échue au moment de sa dissolution ; le texte de notre article l'exige positivement. Or, ce jour ne s'accomplit et le fruit n'est réellement échu qu'après la dissolution de la communauté. L'art. 1401 le rejette donc du calcul des jours utiles à la communauté.

481. Ici, il est important de faire remarquer un point sur lequel le Code civil n'est pas d'accord avec l'ancienne jurisprudence.

Autrefois, bien que les fermages des biens ruraux fussent classés parmi les fruits civils, cependant on tenait pour constant qu'ils suivaient la condition des fruits naturels, car ils en étaient la représentation. Supposons que la récolte fût faite sur le propre durant le mariage, et que cependant le fermage ne fût payable que plus tard et à une époque à laquelle le mariage est dissous : le prix

---

(1) Pothier, n° 223.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 388.

du bail appartenait à la communauté (1). C'est en quoi le prix du bail rural différait des loyers de maisons, autres fruits civils; tandis que le prix du bail suivait la condition des fruits naturels, les loyers de maison s'acquéraient jour par jour et se partageaient à proportion du temps (2).

Le Code a effacé cette différence. Par son art. 586, qui est applicable à notre matière, comme il est la règle de l'usufruit, le principe que les fruits civils s'acquièrent jour par jour, est applicable à tous les fruits civils, même au prix des baux à ferme (3).

482. Il est certains produits des biens propres dont le législateur s'est occupé d'une manière spéciale dans l'art. 1403. Ce sont les coupes de bois, les produits des mines et carrières. Nous renvoyons à cet article ce qui concerne ce point important.

483. Passons a un nouvel élément de l'actif de la communauté, à savoir, les immeubles acquis pendant le mariage (art. 1401, § 3).

La communauté n'est pas toute du présent ; elle est encore de l'avenir : les époux ont associé leurs personnes, leur avoir et leur industrie dans l'espoir, non-seulement de supporter les charges du mariage,

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 12, p. 102.
Pothier, n° 219.

(2) Lebrun, *loc. cit.*
Pothier, n° 220.

(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 389.

mais encore d'améliorer leur sort, et d'augmenter leur aisance par leur économie et leur mutuelle collaboration. Il suit de là que les immeubles acquis pendant le mariage *ex mutuâ collaboratione*, ou par les épargnes des revenus, entrent nécessairement dans la communauté. C'est là la grande différence entre ces biens et les propres. Ceux-ci restent en dehors de l'actif social ; ceux-là en sont un des plus notables éléments.

484. Les immeubles acquis pendant le mariage sont ceux que l'on nomme conquêts de communauté, ou quelquefois acquêts de communauté, pour les distinguer des propres. Nous reviendrons sur cette dénomination dans notre commentaire de l'art. 1402 (1).

485. Il ne faut pas croire cependant que toute nouvelle acquisition, faite pendant le mariage, soit un conquêt de communauté. Dumoulin a donné là-dessus une règle capitale et qu'il faut avoir toujours présente à l'esprit : *Non omnis nova acquisitio communicatur inter virum et uxorem, sed solùm ea quæ fit constante matrimonio, et non dependet à jure jàm alterutri eorum, ante matrimonium, quæsito* (2).

---

(1) *Infrà*, art. 488.

(2) Sur Paris, § 43, n° 201.
Pothier, *Société*, n° 47,
Et *Communauté*, n° 320.
Voet, *De pact. dotalib.*, n° 39.
Infrà, n° 1108.

Il est vrai que l'art. 1402, dont nous allons nous occuper, répute tout immeuble acquêt de communauté, s'il n'y a preuve du contraire (1); mais il n'en est pas moins vrai que lorsque les circonstances de l'acquisition sont connues et constatées, et qu'il en résulte que l'immeuble n'est pas le fruit de la mutuelle collaboration, qu'il n'est arrivé à l'un des conjoints qu'en conséquence d'un droit antérieur au mariage, il cesse d'être rangé dans la classe des conquêts; il est propre, et la communauté n'en profite que pour les fruits.

486. Comme le dernier paragraphe de l'art. 1401 se lie intimement à l'art. 1402, nous allons aborder sur-le-champ le commentaire de ce dernier article; on y trouvera les notions propres à éclairer ce paragraphe aussi bien que l'art. 1402 (2).

Article 1402.

Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation.

---

(1) *Infrà*, nos 489 et 496.

(2) Nous examinons au n° 662, *infrà*, si l'immeuble acquis par le débiteur saisi, sur expropriation forcée faite sur lui, est propre ou conquêt.

SOMMAIRE.

487. Tout immeuble est présumé conquêt de communauté. Division de la matière. Exceptions posées à la présomption que tout immeuble est conquêt.
488. Définition des mots *acquêts* et *conquêts*. *Acquêt* est le genre; *conquêt* est l'espèce. Les *conquêts* sont les *acquêts* de communauté. Cependant ces deux mots sont quelquefois employés comme synonymes, tant dans le droit ancien que par le Code civil.
489. Pourquoi, dans le doute, un immeuble est-il présumé conquêt, ou acquêt de communauté? Pourquoi ne le répute-t-on pas propre?
490. Présomption contraire dans les articles 1408 et 1437 du Code civil.
491. Ordinairement, c'est le mari qui achète pendant le mariage; il achète pour la communauté, dont il est le représentant.

   Il en est de même alors que c'est la femme qui achète en son nom. Elle est censée avoir acheté avec les fonds de la communauté et pour la communauté.
492. Différence entre le régime dotal et le régime de la communauté sur la présomption d'acquêt. Le système dotal présume propres au mari les biens achetés pendant le mariage..
493. Ceci se retrouve dans l'article 547 du Code de commerce.
494. Suite du système dotal.
495. Le système du régime de la communauté qui suppose que l'immeuble est acquêt, est meilleur et plus favorable à la femme.
496. Dans quels cas cesse la présomption d'acquêt. Règle de Dumoulin.
497. Exemple.
498. Autre exemple.
499. Autre.

COMMENTAIRE.

487. L'article 1402 pose une présomption grave, d'après laquelle tout immeuble est réputé acquêt de communauté. Puis, cependant, il tempère cette présomption par la possibilité d'une preuve contraire résultant de circonstances particulières. Enfin, il fait cesser de plein droit la présomption, dans le cas où l'immeuble est échu pendant le mariage à titre de succession ou de donation.

Il y a donc trois choses dans l'article 1402 : 1° une présomption légale, susceptible d'être détruite par une preuve contraire; 2° les circonstances de nature à faire cesser cette présomption; 3° le cas spécial de succession ou de donation.

488. Mais avant tout arrêtons-nous à la définition de ce mot *acquêt* dont se sert l'article 1402 (1).

L'acquêt, dans le sens propre et étroit, est la chose que nous acquérons par notre industrie, notre bon ménage, notre économie (2). C'est ce que les vieux monuments de notre droit nomment souvent *comparata* (3). Quelques auteurs (4) le font venir du mot *quæstus*, dont les lois romaines disent : *Quæstus, qui ex cujusque operâ descendit* (5). Mais il n'est pas probable que telle soit sa véritable origine. Il vient plus vraisemblablement du verbe *acquérir* : signifiant les choses qu'on acquiert soi-même, par son labeur et son économie, et qui se distinguent des choses qu'on tient de la libéralité des autres ou de ses ancêtres (6). Toutefois le mot *acquêt* est quelquefois pris dans un sens plus étendu. Autrefois, où la libéralité faisait des acquêts (7), on mettait les *acquêts de bienfait* à côté des

---

(1) *Suprà*, n° 484.

(2) Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 2, n° 7.
Art. 1498 C. civ.

(3) Basnage, t. 1, p. 6, col. 1.

(4) Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 2, n° 7.

(5) Paul, l. 8, D., *Pro socio*.
Mon comm. *de la Société*, t. 1, n° 286.

(6) *Suprà*, n° 457, définition des *propres*.

(7) Le grand coutumier dit, liv. 2, T. du *Nombre des biens* :
« Des immeubles, les uns sont acquêts, les autres héritages.
» Les acquêts sont possessions que aucun a acquises par titre
» d'achat *ou par don* à lui faict, ou par quelconque juste titre,
» autre que de succession, ou d'échange faict avec la chose
» possédée à titre de succession ; mais le propre ou héritage

acquêts de peine (1); aujourd'hui encore, malgré les innovations du Code civil sur ce point, il y a des donations qui sont mises dans la classe des acquêts, ainsi que l'article 1405 du Code civil en offre la preuve. Mais en général et ordinairement, les acquêts s'entendent de ce qui est acquis à titre onéreux, par le travail et le bon ménage.

Il y a à faire une autre remarque : le mot *acquêt*, dans le titre qui nous occupe, s'applique souvent aux immeubles plutôt qu'aux effets mobiliers tombés dans la communauté. (2). Néanmoins quand il est question de la société d'acquêts qu'il est permis aux époux de stipuler (3), soit pour restreindre le régime de la communauté, soit pour modifier le régime dotal, le mobilier est pris en considération pour reconnaître quels sont les acquêts à partager (4).

Le mot *acquêt* est fréquemment employé en cette matière avec celui de *conquêt*. Ces deux mots sont même quelquefois synonymes dans les coutumes (5).

» si est immeuble par lui possédé à cause de succession, par » prochaineté de lignage ou par échange par lui faict de la » chose qu'il avait avant possédée par succession. »

(1) *Infrà*, n° 609.

(2) V. art. 1402 et suiv., et art. 1408.

V. l'art. 304 de la cout. de Normandie ; elle distingue : meubles, acquêts et conquêts.

(3) Art. 1493 et 1581.

(4) Art. 1499.

(5) Renusson, *loc. cit.*

Cependant l'exactitude grammaticale et juridique aperçoit des différences.

Les conquêts sont proprement les acquêts de communauté. Le mot *acquêts* est plus général ; il est le genre, tandis que l'autre est l'espèce. Il signifie tout ce qu'on acquiert par son travail et sa bonne gestion dans quelque position que l'on soit. Sous l'ancien droit où les propres jouaient un si grand rôle dans les successions, les acquêts étaient les acquisitions particulières faites à titre onéreux ou lucratif, et les propres étaient ce que les coutumes appelaient quelquefois *anciens héritages* (1), c'est-à-dire, les héritages de nos ancêtres, les héritages qu'eux, ou autres parents, nous ont transmis à titre de succession ou équipollant à succession (2). Le mot *acquêt* était plus ordinairement employé dans la matière des successions ; le mot *conquêt* l'était de préférence dans la matière de la communauté.

Cependant, je le répète, on trouve le mot *conquêt* usité aussi en matière de successions ; la coutume de Nivernais en est la preuve (3). Réciproquement, *acquêt* est quelquefois usité dans les textes en matière de communauté (4). Il y a même beaucoup d'exemples de contrats, où *acquêts* et *conquêts* sont

---

(1) Bourgogne, t. 3, art. 46.
Nivernais, t. 34, art. 8 et 9.

(2) Pothier, introd. à la cout. d'Orléans, *introduction générale*, n° 58.

(3) T. 34, art. 5.

(4) Maine, art. 334.

employés comme ayant le même sens, par exemple : *les conjoints seront unis et communs en tous biens meubles, acquêts et conquêts immeubles.* Ce qui ne signifie pas que les conjoints seront communs en conquêts immeubles faits durant le mariage, et en acquêts immeubles faits auparavant. *Acquêts* et *conquêts* sont ici la répétition de la même idée ; ce sont deux synonymes redondants ; car malgré la différence qu'il y a entre *acquêts* et *conquêts*, cependant ces deux mots se prennent pour synonymes l'un de l'autre quand la matière y est disposée (1).

Mais tout cela n'empêche pas que le mot *acquêt* ne soit le genre, et que le mot *conquêt* ne soit une espèce dans le genre (2).

Ces distinctions ont aujourd'hui moins d'importance que dans l'ancien droit ; car nous ne distinguons plus les propres de succession des acquêts. Aussi arrive-t-il au Code civil de se servir des mots *acquêts* et *conquêts* comme synonymes (3). Néanmoins, il est d'une exactitude plus rigoureuse d'appeler conquêts les acquêts de communauté, et de réserver le mot *acquêt* pour les sociétés d'acquêts, qui s'ajoutent quelquefois au régime dotal (4) ; et pour

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, nos 22 et 23.
Chopin sur Paris, liv. 2, t. 1, § 34.
D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 1, n° 5.
Infrà, n° 1845.

(2) Lebrun, *loc. cit.*

(3) Art. 1402 et 1408.

(4) Art. 1581.

les sociétés de gains signalées par l'article 1838 du Code civil.

489. Venons maintenant à la présomption légale érigée par notre article (1).

Dans le doute un immeuble est réputé acquêt de communauté. Le Code civil a emprunté cette disposition à l'ancien droit (2), qui avait formulé la règle suivante : « Tous biens sont réputés acquêts s'il » n'appert du contraire (3). »

On peut se demander, cependant, s'il ne serait pas plus exact de les réputer propres. En effet, la communauté n'est pas de tous biens; elle n'est que de certains biens seulement. Pourquoi donc vouloir que l'acquêt l'emporte sur le propre? est-ce qu'on ne peut pas supposer aussi facilement la propriété antérieure au mariage, que l'acquisition faite constant le mariage? Avant d'avoir été mariés, les conjoints ont été libres; le mariage n'a pas été leur premier état. Ils ont pu avoir des propres dans cette situation; et il semble d'autant plus logique de regarder comme propres les immeubles d'une origine incertaine, que le régime en communauté

---

(1) *Suprà*, n° 485.

(2) Dumoulin, conseil 53.

Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 1, n° 69; p. 94, et dist. 3, n° 1, p. 107.

Brillon, v° *Acquêt*.

(3) Loisel, liv. 2, t. 1, n° 14.

Delaurière.

s'étend plutôt sur les meubles que sur les immeubles. Aussi les placités du parlement de Normandie portaient-ils : « Tous biens sont réputés propres s'il » n'est justifié qu'ils sont acquêts (1). »

Mais il faut répondre que dans le doute, les biens sont plutôt réputés acquêts. Ce n'est pas sans doute par la raison donnée par Benedicti (2), que les hommes ont été jetés nus sur la terre; *quia homines nudi veniunt in terram.* Cette raison est ridicule ; mais voici ce qui est plus décisif.

Ordinairement, on vit plus longtemps en communauté conjugale que dans l'état de célibat ou de viduité. Ce temps de la communauté est celui de l'activité des époux, et lorsqu'à la dissolution du mariage on ignore la mouvance de l'immeuble, il est très-probable que c'est pendant cette association laborieuse qu'il a été acheté. Si en se mariant les époux avaient eu des propres, ils pourraient alléguer quelques partages de famille; si l'immeuble avait été acquis depuis la dissolution, rien de plus facile que d'en montrer le titre. La présomption naturelle est donc pour le conquêt, et c'est avec raison que notre article l'a consacrée (3).

---

(1) Art. 102.
V. Basnage, t. 1, p. 510, sur le préambule de l'art 304.

(2) Sur le chap. *Raynutius.*

(3) V. aussi Pothier, n° 103.
Duparé-Poullain, t. 5, p. 82.
Et M. Toullier, t. 12, n° 172.

Cette présomption est d'autant plus rationnelle que si l'immeuble était plutôt réputé propre que conquêt, comme la raison est égale pour les deux conjoints, il devrait nécessairement être propre à l'un et à l'autre conjoint et coupé par moitié! Ainsi, au moment du partage de la communauté, l'immeuble tomberait dans la condition d'un conquêt (1).

490. Remarquons, toutefois, que malgré la présomption légale érigée par notre article, il y a quelques cas exceptionnels où le législateur a pris soin d'établir une présomption contraire; on en peut voir la preuve dans les art. 1408 et 1437 du Code civil.

491. Ordinairement, c'est le mari qui achète pendant le mariage; il est le maître de la communauté; il l'administre, il l'augmente et l'enrichit. Les achats qu'il fait, sont autant de conquêts de communauté.

Que s'il arrivait que la femme fît une acquisition pendant le mariage et qu'elle achetât en son nom un immeuble à un étranger, cet immeuble serait-il présumé conquêt? Lebrun le répute tel, à moins que la femme ne prouve qu'il tient nature de propre: elle est censée avoir acquis avec les deniers de la communauté, et par conséquent pour la communauté, tant qu'elle n'établit pas que l'acquisition a été faite avec ses deniers propres. Cette décision, qui prend un point d'appui dans la loi 6, C. *de donat. inter vir. et uxor.*, est fortifiée par le texte de notre

---

(1) Lebrun, *loc. cit.*

article, et semble ne pouvoir être contestée (1). Si la femme a figuré en son nom personnel, il est probable que c'est une complaisance de son mari qui l'y a autorisée, mais qu'au fond elle n'a agi que comme mandataire de son mari, c'est-à-dire de la communauté. *Nec est ignotum quid cum probari non possit unde uxor, matrimonii tempore, honestè quæsierit, de mariti bonis eam habuisse, veteris juris auctores meritò crediderunt* (2).

492. Au reste, remarquons ici une différence sensible entre le régime de la communauté et le régime dotal.

Par le droit romain, dont les idées vivent encore dans le régime dotal, tel que le Code civil l'a maintenu (3), les acquêts faits pendant le mariage sont censés propres du mari et avoir été payés de ses deniers, alors même que l'épouse aurait été présente à l'acte d'achat et qu'il aurait été dit que cet achat était fait en commun avec elle. Telle est la décision de la loi 51, D., *de donat. inter vir et uxor.* et de la loi 6, C. *eod.*; elle était suivie dans les pays de droit

---

(1) *Infrà*, sur les art. 1540-1541.

(2) L. 6, C., *De donat. inter vir. et uxor.* (Alexandre).

(3) V. *infrà*, nos 2245 et 2246.

Toulouse, 2 août 1825 (Dalloz, 26, 2, 22).

5 mars 1835 (Dalloz, 35, 2, 140 et 141).

V. M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 68, note 1.

écrit (1). Dans ce système, on suppose que la femme a été avantagée par le mari au moyen d'une déclaration simulée ; la femme étrangère à la collaboration du mari, est présumée étrangère à tout ce que le mari acquiert.

493. Un reflet de ceci se trouve dans l'art. 547 du Code de commerce. La présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli, appartiennent à son mari, qu'ils ont été payés de ses deniers ; ils doivent être réunis à la masse de son actif, à moins que la femme ne fournisse la preuve du contraire.

494. Et pour rentrer dans le droit civil, ajoutons que cette présomption de propriété du mari conserve toute sa force, lors même qu'il serait constaté que, par son industrie et son activité, la femme aurait contribué à l'accroissement de la fortune du mari. La femme mariée sous le régime dotal doit compte à son époux de tout son travail, et les bénéfices de ce travail appartiennent exclusivement au chef du ménage (2).

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, ch. civ., du 11 janvier 1825 (Dalloz, 25, 1, 141).

(2) Toulouse, 2 août 1825 (Dalloz, 26, 2, 22), et 5 mars 1835 (Dalloz, 35, 2, 140 et 141).
Infrà, nos 2245 et 2246, je reviens là-dessus, et je cite d'autres arrêts.

495. Combien ne doit-on pas préférer à ces idées de domination jalouse de l'homme sur la femme, les combinaisons plus équitables du régime de la communauté, qui met les acquisitions en commun, qui tient compte à la femme de son labeur et de sa coopération, qui ne la condamne pas à économiser pour autrui, et qui la fait profiter des gains dus au travail, à la bonne conduite et au bon ménage domestique.

496. Voyons maintenant dans quelles circonstances et par quelles preuves il est permis d'ébranler la présomption légale consacrée par l'art. 1402.

On se rappelle la règle de Dumoulin, citée ci-dessus (1), à savoir, que l'immeuble arrivant à l'un des époux en vertu d'un droit antérieur au mariage, lui est propre (2). Cette règle rentre évidemment dans la pensée de notre article; montrons-en l'application par quelques exemples. Nous verrons que ce n'est pas par la circonstance que le prix a été payé par la communauté, que l'on doit décider si un immeuble est conquêt ou propre; car il y a beaucoup de cas où le bien n'est pas conquêt quoiqu'il soit payé aux dépens de la communauté; comme aussi il arrive souvent qu'un immeuble est un vrai conquêt, quoiqu'il n'ait rien coûté à la communauté et qu'il vienne du chef particulier de l'un des

---

(1) N° 485.

(2) *Junge* Lebrun, p. 126, n° 1.
Pothier, n°s 157 et suiv.

conjoints (1). La circonstance décisive et caractéristique, c'est l'existence du droit antérieurement au mariage, et la dépendance des faits survenus pendant le mariage, et s'ajoutant à ce droit (2).

497. Titius a acheté, avant son mariage, un immeuble qui ne lui est livré que depuis : cet immeuble est propre. La tradition ne fait pas le titre, elle le suppose (3) ; et c'est le cas de dire avec la loi romaine : *In emptione illud tempus inspicitur, quo contrahitur* (4). Il en serait de même alors que l'immeuble aurait été payé après le mariage (5). Vainement dirait-on que le payement a été fait avec les deniers dotaux : cette circonstance ne suffit pas pour faire que la chose soit commune. Comment la femme pourrait-elle avoir part dans un immeuble qui n'a pas été acheté en son nom et qui n'a pas été acheté durant le mariage (6) ? Sans doute il y aura lieu

---

(1) Valin sur la Rochelle, t. 2, p. 712, n° 20.
Témoin une gratification, *infrà*, n° 537.

(2) Furgole sur l'art. 15 de l'ordonnance de 1731.
Infrà, n° 1047.

(3) Lebrun, liv. 1, chap. 5, sect. 3, n° 1, p. 126.
Pothier, n°s 157 et suiv.
D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 3, n° 4.

(4) L. 2, D., *Pro emptore*.

(5) Dumoulin sur Paris, art. 30, n° 187.
Louet, lettre A, n° 3, et lettre T, n° 3.
Coquille sur Nivernais, t. 23, art. 2.

(6) Arg. des lois 1, 2 et 3, C., *Si quis alter vel sibi*.

à récompense pour ce qui a été tiré de la communauté (1), mais la chose ne sera pas commune.

498. La promesse de vente équivaut à vente. Il suffit donc qu'elle existe avant le mariage pour que, malgré sa réalisation constant le mariage, l'immeuble soit propre (2).

499. L'achat fait avant le mariage, sous une condition qui se vérifie après, engendre un propre (3). Le droit a précédé le mariage.

500. C'est encore un propre que l'immeuble qui rentre dans les mains de l'un des époux en vertu d'un pacte de réméré antérieur au mariage. Le rachat se fait *ex antiquâ causâ* (4).

501. On doit dire la même chose du retour qui s'opère, en vertu des art. 951 et 952 du Code civil, des objets donnés avant le mariage (5).

502. Un conjoint fait annuler une vente qu'il avait faite avant le mariage : l'héritage lui rentre

---

(1) Louet, lettre R, n° 3.
(2) Lebrun, *loc. cit.*, n° 10, p. 127.
(3) Lebrun, *loc. cit.*, n° 12, p. 128.
D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 3, n° 9.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 28.
(4) Lebrun, *loc. cit.*, n° 13, p. 128.
M. Tessier, n° 39.
(5) *Infrà*, n° 587.

propre (1). L'annulation de la vente n'a fait que mettre dans tout son jour le droit de propriété existant antérieurement à l'union conjugale.

503. Voici un cas plus remarquable : un des conjoints est donataire d'un immeuble dont il a été gratifié avant son mariage, sous réserve d'usufruit de la part du donateur. Pendant le mariage, l'usufruit se réunit à la propriété. C'est là un émolument propre qui accroît au propre ; c'est à peu près comme l'extinction d'une servitude dont le propre était chargé (2). En général, l'accession qui se fait pendant le mariage à l'immeuble propre, est propre : *esse enim veluti proprium fundum* (3). Cela est d'autant plus évident, qu'il n'en a rien coûté à la communauté pour que le propre du conjoint acquière ce complément (4).

504. Mais en serait-il de même si cet usufruit, grevant un immeuble propre de l'un des époux, avait été acheté par la communauté? l'usufruit ne serait-il pas alors un vrai conquêt ?

---

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n° 14, p. 128.

(2) L. 72, D., *De usuf.*
Arg. de la loi 4, D., *De jure dotium.*
Lebrun, liv. 1, chap. 5, sect. 3, n° 33.
Valin sur la Rochelle, t. 2, p. 713, n° 22.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 24.

(3) L. 9, § 4, D., *De usuf.*

(4) Valin, *loc. cit.*

Cette question est délicate et importante. Traduisons-la sur-le-champ en une espèce pratique :

L'épouse a un immeuble propre, grevé d'usufruit au profit de Pierre. La communauté rachète cet usufruit. Pendant que le titulaire vit encore, les époux se séparent de biens et l'épouse renonce à la communauté. Dans ces circonstances, que doit-on décider sur l'usufruit? sera-t-il censé s'être réuni au propre de l'épouse? ou bien le mari devra-t-il le garder comme conquêt de communauté jusqu'au décès du titulaire?

Pour attribuer à l'usufruit racheté la qualité de propre, on peut argumenter de l'article 1437 du Code civil, et dire que le rachat de l'usufruit est l'extinction d'une servitude qui a profité au propre, et que la communauté n'a droit qu'à une récompense; on peut tirer aussi un argument sérieux de l'article 1408 du Code civil, qui nous montre l'intérêt de l'époux propriétaire du propre, l'emportant sur l'intérêt de la communauté, et conservant au propre, sauf récompense, les parties indivises de ce propre achetées par la communauté.

On ajoute ceci :

Il est dans la destinée de l'usufruit de se réunir un jour à la nue propriété. Or, pourquoi croyez-vous que l'usufruit a été acheté par la communauté? n'est-ce pas pour éliminer l'étranger qui jouissait de l'usufruit, et hâter l'événement de la consolidation? n'est-il pas vrai, dès lors, que la communauté a voulu faire l'affaire de l'époux à peu près comme dans le cas de l'article 1408?

Ce sentiment est celui de plusieurs auteurs anciens. Dumoulin semble décider que l'usufruit racheté constant la communauté, ne forme pas un conquêt, et qu'il en est seulement dû récompense. Après avoir cité l'article 119 de l'ancienne coutume de Paris, qui déclarait conquêt la rente due par l'un des conjoints et rachetée par la communauté, il ajoute : *Secus de servitute, etiam de usufructu extincto, quia tantum media summæ debetur* (1) ; c'est aussi l'avis de Pothier (2).

Mais l'opinion contraire professée par Ferrières (3) a été préférée par arrêt de la Cour de cassation, du 10 juillet 1845 (4), conforme du reste à la doctrine de M. Proudhon (5).

L'usufruit n'est pas une servitude ; il est un immeuble, et cet immeuble a été acquis par la communauté. Donc, d'après le texte de l'article 1401, il appartient à la communauté. D'ailleurs, dans le doute, on présume le conquêt plutôt que le propre ; l'article 1402 est formel à cet égard.

Pour détruire ce raisonnement, il ne faut pas argu-

---

(1) § 119, n° 1, cout. de Paris.

(2) N° 639.

Junge M. Duranton, t. 14, n° 371.

On a cité Lebrun : il ne parle pas de ce cas.

(3) Sur Paris, art. 229, § 4, n° 58.

(4) Devill., 45, 1, 721 et 722. Cet arrêt de la chambre civile a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de Rouen. (V. ce dernier arrêt dans Devill., 41, 2, 490.)

(5) T. 5, n° 2681.

menter de l'art. 1437. Dans cet article le législateur se préoccupe de services fonciers ou de charges personnelles que le rachat éteint radicalement, et qui, au moment même de leur extinction, se réunissent nécessairement à la propriété. Mais ici de quoi s'agit-il? d'un usufruit qui, malgré le rachat, subsiste toujours tant que le vendeur n'est pas mort, qui repose sur la tête du vendeur titulaire, et ne prend fin qu'avec lui. La communauté prend la place du titulaire, et au lieu de trouver dans cette situation une confusion extinctive, on y trouve une continuation de la séparation de l'usufruit et de la propriété, séparation qui dure jusqu'au décès du titulaire.

On ne doit pas non plus tirer argument de l'article 1408. Quand l'époux a un propre indivis, il n'est pas plus propriétaire de telle partie que de telle autre. Que fait alors la licitation? elle réunit sur sa tête toutes les parties de la propriété ; tout se trouve confus dans sa main par cette licitation, et alors l'acquisition engendre un propre. Mais quand la communauté achète l'usufruit, elle n'opère pas de confusion par cet achat. Cela est si vrai que l'usufruit continue à subsister sur la tête du titulaire (1).

505. Telle est la doctrine que la Cour de cassation a consacrée par l'arrêt précité; et quoique MM. Rodière et Pont (2) ne la croient pas contestable,

---

(1) *Infrà*, n° 1176.
(2) T. 1, n° 412.

j'avoue que j'aurais préféré l'opinion de Dumoulin et de Pothier. L'article 1437 est si évidemment calqué pour la pensée, et même pour les expressions, sur le texte de Pothier, qu'il me semble évident que le législateur a voulu faire passer dans la loi moderne l'idée du jurisconsulte qui était son guide.

Quel est le principe dominant en cette matière? c'est que, lorsque l'un des époux a un droit propre, tout ce qui s'y ajoute, tout ce qui l'augmente, tout ce qui le complète, est propre (1). Tout droit dépendant du droit propre, est propre. On se rappelle les expressions de Dumoulin citées au n° 485.

Or, l'usufruit est un démembrement de la propriété : il n'en est momentanément séparé que pour s'y réunir un jour. Quand il s'éteint, il accède à la propriété par la puissance du droit d'accession ; il suit la condition de la propriété.

Que se passe-t-il quand la communauté achète l'usufruit auprès du tiers qui en est titulaire? évidemment la communauté agit dans l'intérêt de l'époux propriétaire du propre; elle agit comme son mandataire, ou son *negotiorum gestor*, et dans un rôle analogue à celui qu'elle joue dans le cas de l'article 1408. D'où il suit que l'usufruit acheté s'éteint virtuellement par l'effet de la consolidation et se réunit à la propriété.

Je demande, en effet, aux jurisconsultes qui soutiennent l'opinion contraire, quel pourrait être le

---

(1) *Suprà*, n°s 485 et 496.

motif sérieux qui porterait la communauté à acquérir l'usufruit pour son compte exclusif et au même titre qu'un étranger ? il est clair qu'elle n'en a pas. Non ! elle n'a pas de raison pour s'interposer comme tierce personne, et pour se faire investir de l'usufruit dans le but d'en jouir à titre de représentant du titulaire. Oublie-t-on que la communauté a la jouissance légale des propres des époux, et qu'il lui suffit, par conséquent, que l'usufruit vienne se réunir au propre dont il était séparé, pour qu'elle entre sur-le-champ en possession de la jouissance usufructuaire? Si l'on veut se pénétrer de la vérité des faits, on conviendra que l'unique intérêt de la communauté a été d'éliminer un étranger et de jouir du propre. Or, pour atteindre ce but, il n'est pas nécessaire qu'elle revête le rôle d'une personne morale, intervenant comme tiers, et continuant sous un autre nom, l'usufruit du titulaire. Si elle le faisait, elle se jetterait dans des complications pleines d'ambages ; elle embrouillerait une situation simple ; elle nuirait sans utilité pour elle aux droits de l'époux propriétaire du propre. Que lui faut-il, en effet? il lui faut la jouissance du propre. Or, elle l'a cette jouissance, dès l'instant que l'époux la reprend par consolidation.

Voilà donc l'état réel de la combinaison. La communauté a acheté l'usufruit ; mais elle l'a acheté comme démembrement du propre, à cause du propre, dans l'intérêt du propriétaire du propre. Il ne lui en fallait pas davantage, à elle, communauté, pour assurer son intérêt, car elle a recueilli l'usufruit au même instant que l'époux l'a recueilli.

L'arrêt contre lequel je propose ces objections, croit répondre à tout en citant l'article 1401, paragraphe final. Mais il s'en faut beaucoup que ce texte tranche la difficulté. Un acquêt n'est conquêt de communauté qu'autant qu'il ne dépend pas d'un propre (1). Ici l'usufruit n'a été acquis qu'en vue du propre, à cause de sa dépendance naturelle ; sans cela on ne l'eût pas acheté.

L'arrêt croit ensuite avoir repoussé victorieusement les articles 1437 et 1408 en faisant remarquer que dans le cas de ces articles, il y a confusion du droit acquis avec le droit propre, tandis que l'achat de l'usufruit laisse subsister la séparation de l'usufruit et de la propriété tant que vit le titulaire. C'est là une pétition de principe ; sans doute, cette séparation subsistera si vous assimilez la communauté à un étranger qui achète du titulaire. Mais si au lieu de donner à la communauté ce rôle inutile et faux, vous voyez en elle une personne qui, pour faire son affaire, n'a besoin que de faire celle de l'époux ; si vous la considérez comme le représentant de l'époux, alors l'extinction de l'usufruit par confusion sera frappante, et toute la base des raisonnements de l'arrêt s'écroulera.

Je crois que ces objections ne manquent pas de gravité. Je les soumets à l'attention du lecteur studieux (2).

---

(1) Dumoulin, cité n° 485.
V. aussi *suprà*, n° 496.

(2) V. *infrà*, n° 1176.

506. Nous avons dit au n° 503 que l'accession qui vient s'ajouter au propre, est propre. Tels sont les alluvions formés le long d'une rivière par un accroissement naturel et insensible (1).

507. Lebrun fait une différence entre l'alluvion et l'île née dans la rivière voisine ; il classe l'île parmi les conquêts (2) ; car l'île se forme par l'impétuosité du fleuve et est un accroissement subit et perceptible.

Je ne crois pas cette opinion bonne. L'île appartient par droit d'accession, à la propriété riveraine (art. 560 et 561) ; elle participe, par conséquent, de la nature de la propriété à laquelle elle accède. Si l'île accède à un conquêt, elle est conquêt ; si elle accède à un propre, elle est propre (3).

508. Tout titre d'acquisition antérieur au mariage, qui est consolidé pendant le mariage et purgé d'un vice qui l'infectait, engendre un propre.

Ainsi Pierre ayant acheté, avant son mariage, l'immeuble A, est obligé de payer depuis son mariage un supplément de prix pour échapper à une action en lésion dirigée contre lui. Ce supplément n'est pas un nouveau prix ; c'est une dépendance du prix pri-

---

(1) Dumoulin sur Paris, art. 1, glose 5, *in verbo* le *Fief*, n° 115.

Tiraqueau, *De retractis convent.*, n° 92.

(2) Liv. 1, chap. 5, sect. 3, n° 36, p. 133 et 134.

(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 455.

mitif : partant, il n'y a pas là de nouveau contrat ; il y a reconsolidation du contrat originaire (1).

De même François obtient pendant son mariage la ratification de la vente d'un immeuble qu'il avait acquis d'un mineur avant d'être marié. La ratification ayant un effet rétroactif, consolide la vente *ab initio* (2), et François n'a évidemment apporté qu'un propre (3).

509. C'est aussi comme propre qu'il faut considérer l'immeuble acheté avant le mariage d'un individu qui s'est porté fort pour le propriétaire ; et cela, quoique la ratification n'ait eu lieu qu'après le mariage. Le titre étant antérieur au mariage, et la ratification produisant un effet rétroactif, rien ne manque dans le cas dont il s'agit, pour que la qualité de propre soit incontestable (4).

510. Par suite de notre principe, on doit ranger

---

(1) D'Argentré, art. 418, glose 3, n° 6, p. 1658.
Voet, *De pact. dotalib.*, n° 42.
Pothier, n° 160.
M. Toullier, t. 12, n° 189.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 419.

(2) Mon comm. *des Hypothèques*, t. 1, nos 487 et suiv.
L. 16, § 1, D., *De pignorib. et Hyp.*

(3) Pothier, n° 160.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 32.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 519.

(4) Pothier, n° 161.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 519.

parmi les propres, l'immeuble acheté avant le mariage, sous pacte de rachat au profit du vendeur, et dégagé de ce pacte pendant le mariage (1). En se débarrassant de cette condition, l'acheteur ne fait que confirmer la vente primitive ; il écarte une crainte de résolution ; mais il n'acquiert rien de nouveau. Il se met seulement à l'abri et se consolide dans la propriété d'une chose qui est déjà à lui.

511. Ceci nous conduit à parler des transactions par lesquelles un propriétaire se maintient dans sa chose (2).

Par sa nature et en soi, la transaction n'est pas un titre translatif ; elle est déclarative (3). Elle ne fait que certifier un droit précédemment douteux : *est sola liberatio controversiæ* (4).

Si donc la transaction maintient l'époux dans l'immeuble qui fait l'objet de la transaction et qu'il avait avant le mariage, cet immeuble est censé lui avoir toujours appartenu, et l'époux en est propriétaire à titre de propre (5). C'est ce qu'a jugé le parlement de Paris par arrêt du 30 septembre 1589 (6).

---

(1) Voet, *loc. cit.*, n° 42.
M. Tessier, n° 35.
(2) M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 31.
(3) Mon comm. *de la Transaction*, n°s 7, 8, 9, 10 et 40.
(4) Dumoulin sur Paris, § 33, glose 1, n° 67.
(5) Lebrun, p. 109.
Pothier, n° 164.
(6) Louet, lettre T, somm. 5.

La châtellenie d'Azé en Touraine avait été confisquée et adjugée, par arrêt, à un donataire du roi ; un procès s'engagea entre ce donataire et la famille du condamné. Sur ces entrefaites, le donataire épousa la maréchale de Cossé. Pendant le mariage, le donataire et la famille du condamné transigèrent moyennant 20,000 livres qui furent données à celle-ci. La maréchale ayant succédé à son mari, elle demanda comme commune, la moitié de la terre d'Azé. Mais par l'arrêt précité il fut jugé que cette terre était un propre acquis avant le mariage, et que la communauté n'avait droit qu'à une récompense pour les 20,000 livres.

Cet arrêt, fondé sur les principes les plus incontestables, est hautement approuvé et savamment commenté par Brodeau (1).

Remarquons, d'ailleurs, que l'époux avait au moment du mariage la possession de la chose à lui attribuée par la transaction, et que cette circonstance de la possession ajoute à la jurisprudence dont nous venons de parler un plus haut degré de certitude. On verra au n° 526 la confirmation de cette observation.

512. La transaction ne serait translative qu'autant que l'époux abandonnant un droit certain, recevrait un immeuble sur lequel il n'avait ni droit ni

(1) Sur Louet, *loc. cit.*

possession (1). Alors l'immeuble est un conquêt (2), car en sondant, comme le veut Lebrun, la pensée de la transaction, on trouve ici qu'elle crée un droit nouveau, et l'on ne peut pas dire d'elle : *Est sola liberatio controversiæ.*

513. Dans le cas où le droit confirmé par la transaction se présente avec des caractères de justice incertains et douteux (ce qui est le cas le plus naturel), il y a des auteurs qui ont pensé que, pour arriver à plus de certitude dans une matière où rien ne doit être laissé au hasard, il serait bon de faire rejuger le procès, sans préjudice de l'exécution de la transaction, afin de vérifier si le conjoint était bien ou mal fondé et si l'héritage est propre ou conquêt (3). Cette opinion ne me paraît pas soutenable. Il faudrait donc entamer un procès nouveau pour chercher à la transaction une plus profonde pensée! il faudrait donner à l'un des conjoints le rôle de partie adverse!

514. Lorsque le droit antérieur au mariage souffre d'un vice sujet à réparation, on conçoit à merveille la vérité de ce que nous avons enseigné sur l'effet rétroactif des ratifications et consolidations

(1) Mon comm. *des Transactions*, n° 8.
(2) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 3, n° 9.
D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 1.
(3) Lebrun, p. 110, n° 9.

intervenues (1). En sera-t il de même du cas où le vice est radical et où le titre est foncièrement nul? La difficulté vient de ce que la ratification n'est alors qu'un nouveau titre : car, comme le dit Casaregis : « Cum actus uti nullus et non existens non » sit ratificabilis, et sic subsequens ratificatio nullum » inveniat principium legitimum conservabile, impossibile est, ex eâ, posse sequi retrotractionem; » proptereàque ratificationem tali casu sortiri suum » effectum *ex nunc*, et actum omninò novum importare, » attendendo solum tempus ratificationis (2). » Aussi Pothier n'hésite-t-il pas à voir dans l'immeuble assis par un tel titre sur la tête de l'époux, un véritable conquêt (3).

Mais je conserve sur cette opinion de Pothier des doutes que je veux exprimer. Quand on dit que la ratification d'un acte absolument nul ne produit pas d'effet rétroactif, c'est seulement à l'égard des tiers que cette vérité est toute-puissante. Entre les parties, la ratification fait toujours supposer l'existence d'un mandat qui couvre le vice originaire. Prenons pour exemple le cas ou un faux propriétaire vend la chose d'autrui ; c'est bien là une nullité absolue, si jamais il en fut : eh bien ! si le vrai propriétaire intervient

---

(1) Mon comm. *du Mandat*, n° 617.
Mon comm. *des Hypothèques*, t. 2, n° 495.

(2) Disc. 179, n° 81.

(3) N° 160.
Junge M. Tessier, n° 36.

ensuite et confirme cette vente, l'acheteur sera censé saisi à l'égard de ce dernier, à partir du jour du contrat primitif. La loi 16, § 1, D., *De pignoribus et hypothecis*, est formelle sur ce point (1); voici, en effet, comment s'exprime Marcianus :

« Si, nesciente domino, res ejus hypothecæ data » sit, deindè posteà dominus ratum habuerit, di» cendum est, hoc ipsum, quod ratum habet, vo» luisse eum retrò ducere ratihabitionem ad illud » tempùs quo convenit; voluntas autem ferè eorum » demùm servabitur, qui et pignori dare possunt. » Ce n'est qu'à l'égard des tiers qui auront acquis des droits sur cet immeuble, que la ratification ne sera pas admise avec effet rétroactif, parce que cette rétroactivité est une fiction qui ne saurait nuire aux droits acquis (2).

Or, ici de quoi s'agit-il? est-ce d'enlever à un tiers un droit acquis? nullement. Sans nier la comparaison de la communauté avec une tierce personne interposée entre les époux, il faut cependant reconnaître que loin que la communauté ait acquis aucun droit sur l'immeuble, elle a su et entendu, au contraire, que l'immeuble était dans la main de l'époux qui y avait des droits comme propre, et que, dans la commune intention, il n'était pas destiné à entrer dans la communauté. La ratification ne fait donc ici que consolider un état de choses

---

(1) V. mon comm. *des Hypothèques*, t. 2, n° 496.
(2) *Id.*

accepté d'avance et convenu ; elle ne renverse pas des espérances légitimes.

Et remarquons-le bien : ce qui est surtout décisif en cette matière, c'est le point initial de la propriété, c'est l'état de choses existant au moment où la communauté s'est formée ; car cet état de choses est la base du contrat tacite qui exclut l'objet de l'actif social.

515. Ces observations acquièrent un nouveau degré d'évidence dans le cas où l'époux a la possession de la chose. Notre article, en effet, ainsi que nous le verrons bientôt, donne une si grande importance à la possession, qu'il veut que par cela seul qu'un immeuble est possédé par l'un des époux au moment du mariage, il soit exclu de la communauté (1). Qu'importe, dès lors, que le titre de cette possession soit vicieux et nul? il n'y en a pas moins possession légale, et la consolidation ultérieure, loin d'altérer cette situation, ne peut que la confirmer (2).

516. Ainsi Pierre a acheté un immeuble de Paul, qui n'en était propriétaire que de nom ; François, véritable propriétaire, ratifie après le mariage cette vente, ou bien, il décède en laissant Pierre pour son héritier *ab intestat :* je ne vois pas pourquoi l'immeuble dont il s'agit pourrait tomber dans la com-

---

(1) *Infrà*, n° 526.
(2) *Infrà*, n° 531.

munauté. La communauté a su à quoi s'en tenir; le titre l'a avertie; la possession, si elle a existé, a fixé encore davantage le droit. Il serait contraire à la bonne foi et à la vérité de convertir en conquêt une chose que l'intention bien évidente des parties a entendu laisser propre.

517. Je ne dois pas laisser ignorer que certains auteurs modernes n'envisagent pas du même point de vue que moi, cette question des nullités absolues, quoiqu'ils la résolvent de la même manière (1). Il me semble que je la réduis à des termes plus simples.

518. Continuons.

On ne considère pas comme conquêts les immeubles qui rentrent pendant le mariage dans la main de l'un des époux par une cause antérieure.

Ainsi un immeuble est vendu avant le mariage; l'époux le reprend pendant le mariage, parce qu'il fait prononcer la résolution de la vente : cet immeuble revient comme propre, et non comme conquêt (2).

---

(1) V. là-dessus M. Odier, t. 1, n° 113.
M. Toullier, t. 12, n[os] 182 et suiv.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n[os] 419, 424 et 425.

(2) Pothier, *Société*, n° 48.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n[os] 38 et 42.
Fonmaur, n[os] 621, 622 et 626.
Contrà, M. Duranton, t. 14, n° 173; mais son opinion n'est pas soutenable.

519. De même, il ne faut pas regarder comme immeuble acquis pendant le mariage, l'immeuble propre qui, après avoir été vendu à réméré, avant ou pendant le mariage, rentre aussi pendant le mariage (1). Les coutumes de Nivernais (2), de Bourbonnais (3) et de Poitou (4) consacraient cette règle par une disposition expresse. En principe, le retrait opère en vertu d'un pacte originaire; il ramène la chose avec la même nature, la même qualité, les mêmes conditions que l'héritage avait auparavant (5).

520. Il n'en serait autrement qu'autant que l'immeuble aurait été vendu purement et simplement, et que l'acheteur aurait consenti de gré à gré à le revendre. Ce serait alors un vrai conquêt (6).

521. Ce serait aussi un conquêt si, le temps du réméré étant expiré, l'acheteur consentait à le renouveler (7).

---

(1) Bourjon, p. 539.
M. Tessier, n° 39.
Infrà,
(2) T. 22, art. 11.
(3) Art. 278.
(4) Art. 340.
(5) V. Décius, cons. 88.
Dumoulin sur Paris, § 43, glose 1, n° 203.
Coquille sur Nivernais, *loc. cit.*
Arg. de la loi 27, § 2, D., *De pactis* (Paul).
(6) Coquille, *loc. cit.*
(7) *Id.*

522. Mais une prolongation du réméré consenti avant l'expiration du délai fatal, n'étant que la faculté originaire prorogée, il s'ensuit que l'immeuble racheté serait propre (1).

523. On ne considère pas non plus comme acquêt l'immeuble propre donné, et revenant dans la main du donateur en vertu du droit de retour stipulé conformément aux art. 951 et 952 du Code civil, ou à cause de survenance d'enfants, ou pour cause d'ingratitude (2).

524. Si un propre, vendu à un tiers, rentre dans la main de l'époux vendeur par suite du désistement de l'acquéreur, qui n'a pu payer, cet immeuble y revient comme propre : ce n'est pas ici une nouvelle vente, c'est *potiùs distractus, quàm novus contractus* (3).

525. En voilà suffisamment pour démontrer la vérité de la règle de Dumoulin (4). Soit qu'un immeuble arrive à l'époux pendant le mariage en vertu d'un droit antérieur, soit que ce droit antérieur, mais

---

(1) Coquille, *loc. cit.*
(2) Pothier, n° 187.
(3) Mon comm. *de la Vente*, t. 2, n° 691.
Pothier, n° 189; *Vente*, n° 528.
Fonmaur, n°s 621, 622 et 626.
Contrà, M. Duranton, t. 14, n° 174. Je l'ai réfuté, *Vente*, n° 691.
(4) *Suprà*, n°s 485 et 496.

vacillant, soit consolidé par des événements arrivés pendant le mariage, soit enfin que la chose propre rentre pendant le mariage dans les mains de l'époux propriétaire, dans tous ces cas la présomption de notre article cesse. L'immeuble n'est pas conquêt; il est propre de communauté. *Initium inspiciendum est.*

526. Passons à présent à une autre exception apportée par notre article à la présomption légale que l'immeuble est conquêt.

Ce n'est pas seulement le droit de propriété dont le principe est antérieur au mariage, qui fait des propres; c'est encore la possession (1). M. Toullier (2) pense qu'en ceci le Code est introductif d'un droit nouveau. C'est une erreur manifeste (3). On peut consulter Pothier (4), Ferrières (5), et autres auteurs anciens qui ont écrit sur cette matière. Toujours la possession existante avant le mariage a été considérée comme ayant une vertu de nature à caractériser le propre. Seulement, il faut en convenir, le Code civil a formulé ce principe avec plus de netteté et de précision.

527. C'est à cause de la grande importance que les

---

(1) *Suprà*, n° 515.
V. aussi le texte de l'art. 1404.
(2) T. 12, n° 173.
(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 425.
(4) N° 157.
(5) Sur Paris, art. 220, glose 3, n° 45.

auteurs donnaient à la possession, qu'ils décidaient unanimement le point que voici : Lorsque le conjoint a commencé avant son mariage une possession qui pendant le mariage aboutit à la prescription, l'immeuble ainsi acquis est propre ; en d'autres termes, l'héritage qu'un conjoint a commencé à posséder avant le mariage, et qu'il a achevé de prescrire depuis, est propre. On voit que cette décision suppose nécessairement l'existence de la règle posée par notre article, à savoir, que la possession légale antérieure au mariage suffit pour faire un propre (1).

528. Ce résultat n'a rien que d'évident lorsqu'il s'agit d'une prescription avec titre antérieur au mariage et de bonne foi. Mais il n'est pas moins certain lorsqu'il s'agit d'une prescription obtenue par trente ans de possession. Ce que l'on considère ici, c'est le commencement ; la possession était commencée à titre de propre. Elle s'est continuée sur les mêmes errements (2) ; c'est un droit antérieur au mariage par son principe, et que le temps n'a fait que confirmer.

529. Cette possession dont parle notre article, et

---

(1) D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 3, n° 13.
Voet, *De pactis dotalib.*, n° 39.
Lebrun, liv. 1, chap. 5, sect. 3, n° 15, p. 128.
Ferrières sur Paris, art. 220, glose 3, n° 45.
Pothier, n° 157.
M. Tessier, n° 29.

(2) Pothier, n° 157.
Et M. Tessier, n° 29.

qui imprime sur l'immeuble la qualité de propre, doit être une possession légale, c'est-à-dire suffisante à prescrire, et se posant paisiblement, publiquement, sans équivoque, sans interruption et à titre de propriétaire (1). C'est là ce que l'art. 1402 entend par possession légale. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit appuyée sur un titre ou sur la bonne foi. Il ne faut pas être plus difficile ici qu'en matière de prescription.

530. On dit très-souvent, en droit, qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre que d'en avoir un vicieux ; rien n'est plus vrai, pourvu qu'on n'abuse pas de cette maxime.

Le titre vicieux, au point de vue qui nous occupe, c'est celui du possesseur qui ne possède pas *pro suo*. Ainsi, le fermier a un titre vicieux parce qu'il est empreint de précarité, et ce n'est pas la possession qui s'appuie sur un tel titre qui est la possession légale exigée par notre article. L'époux qui avait le titre de fermier en se mariant, ne saurait donc se prévaloir de sa possession pour faire décider que l'immeuble qu'il représente comme propre, est réellement en dehors de la communauté. Il faut même aller jusqu'à dire que la production de ce titre de fer-

---

(1) Art. 2231 et suiv. C. civ.
MM. Odier, t. 1, n°. 114.
Rodière et Pont, t. 1, n° 420.
Duranton, t. 14, n° 177.

mier donnerait à la présomption de conquêt un degré plus haut de vraisemblance.

531. Mais ce n'est pas un titre vicieux que celui du possesseur qui, possédant *pro suo,* tient la chose irrégulièrement, ou comme étant aux droits d'un individu sans droit et sans qualité (1). Un pareil titre n'énerve pas la possession et ne lui enlève pas les conditions bonnes pour prescrire. Quand même il serait judiciairement constaté que le titre est irrégulier, la présomption de propre attachée à la possession, militerait en faveur de l'époux.

Ainsi, si un tiers faisait juger contre l'époux possesseur, que sa possession n'est pas fondée, l'autre époux ne pourrait exciper de ce jugement pour faire prévaloir dans ses rapports d'époux, la présomption de conquêt établie par notre article. Ce jugement serait entre conjoints *res inter alios acta.* Il n'empêcherait pas l'effet de la volonté présumée des parties, qui en se mariant sont censées avoir exclu ce que l'un des époux possédait *nomine proprio.*

Ceci va s'éclairer par un exemple.

532. Une femme se réserve ses biens immeubles comme propres ; plus tard elle les vend et achète, avec le prix, d'autres immeubles qui lui font remploi. Qu'arrive-t-il cependant ? un tiers fait juger que les immeubles dont la femme avait la posses-

(1) *Suprà,* n[os] 515 et 516.

sion au moment de son mariage ne lui appartiennent pas, et qu'ils sont la propriété de lui, demandeur. Ceci posé, le mari s'avise de soutenir que la stipulation de remploi qui a imprimé la qualité de propres sur les biens acquis en remplacement, est illusoire; qu'on ne peut subroger des biens qu'on acquiert à des biens qu'on n'a pas; que la femme n'ayant, au jour de son mariage, aucun bien propre, elle n'a pu, pendant le mariage, se créer des propres par une subrogation sans cause et sans objet; que, dès lors, les biens acquis sont des acquêts de communauté.

Ce système subtil a été consacré par arrêt de la Cour d'Angers du 12 mars 1823, et rien ne prouve mieux combien les hommes les plus éclairés et les plus impartiaux sont sujets à l'erreur.

Comment la Cour d'appel n'a-t-elle pas vu que le mari ne faisait qu'exciper ici du droit du tiers, déclaré véritable propriétaire? comment n'a-t-elle pas vu que ce tiers seul avait droit sur les biens aliénés ou remplacés, et que la communauté ne s'interposait ici que par un abus évident et une usurpation du droit d'autrui?

Aussi cet arrêt a-t-il été cassé par arrêt du 4 mai 1825 (1).

De là il résulte que la possession dont parle

---

(1) Dalloz, 25, 1, 291 et 292.

V. autre arrêt du 23 novembre 1826 (Dalloz, 27, 1, 67), dans la même affaire, après la première cassation.

MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 424.

l'art. 1402 ne cesse pas d'être légale, quand même elle ne serait fondée que sur un titre apparent, irrégulier et sans valeur. Il suffit, nous le répétons, d'une possession paisible et à titre de propriétaire (1).

533. Nous avons vu aux nos 527 et 528 que lorsque la possession acquiert pendant le mariage le complément nécessaire pour former la prescription, l'immeuble dont la possession avait commencé avant le mariage, est propre. C'est maintenant le cas de se demander quelle sera la qualité de l'immeuble possédé avant le mariage, à titre de propriétaire, mais définitivement consolidé sur la tête de l'époux par un achat fait constant la communauté. L'achat opérera-t-il *à l'instar* de la prescription? ou bien, fera-t-il tomber la présomption de propre attachée à la possession? démontrera-t-il que l'époux a reconnu sa possession comme insuffisante, et qu'à une simple présomption il faut substituer la vérité de fait résultant de l'achat?

Cette question partage les auteurs.

Les uns, fidèles à une opinion de Pothier (2), veulent que l'immeuble soit conquêt (3) ; d'autres, comme M. Toullier, s'attachant au texte de notre article et

---

(1) M. Bellot des Minières, t. 3, p. 242.
(2) N° 162.
(3) MM. Duranton, t. 14, n° 181.
Rodière et Pont, t. 1, n° 425.
Zachariæ, t. 3, p. 420, n° 34.

au premier paragraphe de l'art. 1404, veulent que la possession antérieure au mariage décide de tout et imprime sur l'immeuble le caractère de propre (1). C'est cette dernière opinion qui me semble la meilleure, et c'est à tort que l'on a blâmé M. Toullier de s'en être fait l'écho. Les textes sont clairs, positifs, entraînants ; la raison n'est pas moins énergiquement de ce côté. La possession de l'époux est ici le fait significatif et décisif, tout comme il l'est dans le cas de prescription ; cette possession prouve que les époux n'ont pas entendu mettre la chose en commun ; or, puisqu'elle a été envisagée comme propre au moment du mariage, pourquoi voulez-vous en changer la qualité *ex post facto?* Ne voyez-vous pas que les événements qui ont eu lieu pendant le mariage, pour asseoir la propriété sur la tête de l'époux possesseur, n'ont eu lieu qu'en vue de cette possession, afin de la rendre ferme, stable et définitive. Pourquoi voulez-vous d'ailleurs que le titre fasse moins que la prescription? *Initium inspiciendum est :* c'est à cause de cette possession initiale que l'époux a acheté ; il a acheté pour lui, et non pour la communauté. La communauté a bien su que c'est par affection pour cet immeuble possédé à titre de propre, que l'achat a été fait.

534. On s'est demandé si par possession légale, l'art. 1402 n'entend pas la possession d'an et jour (2) :

---

(1) T. 12, n° 176.

(2) M. Bellot des Minières, t. 3, p. 242.

c'est là une question oiseuse, à laquelle personne ne s'arrête plus aujourd'hui. Il est clair qu'une possession quelconque à titre de propre suffit pour faire écarter la présomption de conquêt (1).

535. La possession de l'époux peut être prouvée par témoins (2) ; elle consiste dans des faits qui sont du domaine de la preuve testimoniale. La possession ne peut même ordinairement se prouver d'une autre manière.

536. Il est une autre espèce de titre qui fait considérer comme propres, certains immeubles obvenus pendant le mariage : c'est la succession et la donation (3). Dans l'ancien droit, les immeubles acquis par donation ou testament, entraient en communauté, sauf trois cas : 1° lorsque la donation précédait le temps du mariage, bien qu'elle fût faite par contrat de mariage ; 2° lorsqu'elle était faite par avancement d'hoirie ; 3° lorsqu'elle était faite à la charge qu'elle resterait propre au donataire (4). Quant à la succession, on faisait des distinctions entre les successions mobilières et les successions

---

(1) M. Duranton, t. 14, n° 178.

(2) Pothier, n° 203.

(3) V. aussi art. 1404 et 1405.
Infrà, n°s 581 et suiv.

(4) Pothier, n° 168.
Lebrun, liv. 1, chap. 5, sect. 2, n° 1, p. 70.
Infrà, n° 605.

immobilières, entre les successions conformes au cours de la nature et celles qui lui étaient contraires (1). Toute cette matière, surtout la question de savoir si les immeubles donnés pendant le mariage sont conquêts ou propres, est traitée d'une manière intéressante dans les *Institutes de Justinien* du célèbre Pasquier, récemment publiées par M. Pasquier, chancelier de France (2). A l'époque de Pasquier, la jurisprudence travaillait à se faire sur ce point ; il y avait diversité dans les opinions : *Varii variè sentiebant.* Cependant on voit que le sentiment de Pyrrhus, commentateur de la coutume d'Orléans, qui avait écrit, *Nullam donationem communicari* (3), était déjà abandonné et que la donation faisait des conquêts. Nous en dirons plus bas les raisons (4).

Le Code a sur ce point un tout autre système ; nous l'approfondirons dans le commentaire des articles 1404 et 1405.

537. Remarquons cependant qu'il ne faut pas considérer comme donation, les gratifications qui sont le prix de services publics et d'actes de courage ; ce sont des conquêts (5). Ces services mêmes

---

(1) *Infrà*, n° 583.
(2) P. 362.
(3) T. 9, chap. 1 et 9.
(4) N° 605.
(5) *Suprà*, n° 408 et 496,
Et *infrà*, n° 615.

et ces offices rendus par un des conjoints, dit Lebrun (1), sont des conquêts de communauté, et, par conséquent, la récompense qu'on en reçoit. On ne peut pas dire que ce sont de véritables donations; ces rémunérations ont un caractère onéreux.

538. Passons à une autre cause faisant obstacle à la présomption de conquêt fixée par l'art. 1402. On trouve cette cause dans les acquisitions qui, bien que faites pendant le mariage, sont cependant destinées à prendre la place d'un propre aliéné (2), ou à être subrogées à des sommes de deniers réservées propres, et dont l'emploi avait été stipulé dans le contrat de mariage (3). De là l'art. 1407 du Code civil, que nous analyserons bientôt, et qui est relatif au cas où l'immeuble propre est échangé contre un autre immeuble. Cet immeuble qui, pendant le mariage, prend la place de l'autre immeuble, est un bien propre.

Telle est la puissance de la subrogation, fiction juridique par laquelle une chose prend la qualité extrinsèque d'une autre chose (4), et la remplace

---

(1) P. 118, n° 29.

(2) *Infrà*, n° 1108.

(3) Art. 1404.
Pothier, n° 197.
V. *infrà*, n°s 574 à 579, ce que je dis de l'*emploi*, et comm. de l'art. 1500, n° 1950.

(4) *Id.*

dans tous les rapports civils où cette qualité est prise en considération.

559. C'est en partant de ces idées que l'on décide, que la présomption de l'art. 1402 cesse lorsque l'immeuble est acheté avec mention que l'acquisition est faite avec les deniers provenant de l'aliénation d'un propre de la femme et pour lui servir de remploi. Si l'acquisition est acceptée par la femme, l'immeuble n'est pas acquêt, il est propre (1). Il est vrai qu'en principe, l'immeuble acheté de deniers dotaux n'est pas dotal (2); mais ici se rencontrent deux circonstances qui opèrent pleine subrogation, savoir : la clause que l'immeuble est acquis des deniers dotaux ; l'acceptation de cet achat par l'épouse.

Du reste, à défaut de ces deux conditions, l'immeuble serait réputé acquêt de communauté, et la femme n'aurait que son action de reprise ou de remploi (3). La présomption de conquêt domine l'immeuble, tant que cette présomption n'est pas détruite par des preuves contraires et régulières. Mais

---

(1) V. art. 1435.
Art. 239, cout. du Bourbonnais.
Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 3, n° 7, p. 108.
Pothier, nos 197 et 198.

(2) L. *ex præmiis*, C., *De jure dotium*.
Infrà, art. 1553.

(3) D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 1, n° 13.
Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 10, n° 3.

nous reviendrons sur ce sujet en commentant les articles 1434 et 1435 (1).

540. Que si l'immeuble est acheté avec des deniers propres, mais ayant une origine mobilière, et ne représentant pas un immeuble, est-il propre ou conquêt ? Cette question est controversée ; les uns le considèrent comme propre (2), d'autres comme conquêt (3). Nous la traiterons dans notre commentaire de l'article 1434, ainsi que toutes les autres qui peuvent se rattacher à cette matière délicate et difficile (4).

541. Au surplus, le remploi ne se suppose pas, et c'est à celui qui l'invoque à le prouver. En principe, l'immeuble acquis pendant le mariage est conquêt. Voilà la présomption ; on ne peut la faire tomber que par une preuve contraire.

542. Si le contrat de mariage portait, comme il arrive quelquefois, cette clause, « Rien ne sera ré» puté conquêt que les propres des futurs ne soient » retrouvés ou remplacés de part et d'autre ; » cela ne serait pas suffisant pour transformer les acquêts

---

(1) *Infrà*, nos 1108 et suiv.
(2) M. Odier, t. 1, n° 317.
MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 706.
M. Toullier, t. 12, n° 356.
(3) Douai, 2 avril 1846 (Devill., 47, 2, 413).
(4) *Infrà*, n° 1155.

en propres. C'est tout simplement le rappel des articles 1470 et suivants. Et cela signifie seulement que les acquêts ne seront partagés entre les époux, qu'après la liquidation et le payement des reprises et récompenses dues pour propres aliénés (1). Mais il n'y a dans cette clause aucune énergie suffisante pour changer la nature des choses et bouleverser des qualités normales et légitimes.

543. L'article 1408 nous fera voir un autre cas où le propre l'emporte sur le conquêt malgré la présomption de l'article 1402. Nous renvoyons au commentaire de cet article, qui a une haute importance, et présente d'assez sérieuses difficultés.

544. Enfin, une dernière exception fait évanouir la présomption de l'article 1402. Cette exception se réalise quand il est prouvé que l'immeuble a été acheté après la dissolution du mariage (2); l'immeuble est propre dans ce cas. On n'est pas présumé acheter pour une société qui a cessé d'exister, ou qui du moins, ne subsiste plus que pour la liquidation.

545. Et il est propre quand même le survivant aurait, après la dissolution de la communauté, acheté cet immeuble avec des deniers communs. Les héritiers de l'autre époux n'ont action contre le sur-

---

(1) Douai, 30 décembre 1843 (Devill., 44, 2, 305).
(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 415.

vivant que relativement au prix d'achat (1). On peut consulter les principes que j'ai développés sur une question analogue dans mon commentaire de *la Société*.

546. Si la date apparente postérieure à la dissolution du mariage était contestée, si on prétendait que l'acte a été postdaté, ce serait à l'auteur de l'allégation à prouver que cette date n'est pas exacte.

547. Mais en l'absence de titre ou de preuve d'une possession contemporaine de la communauté, qui devra prouver que l'acquisition est postérieure au mariage? sera-ce l'époux survivant qui prétend que l'immeuble est propre, et qu'il le possède *nomine privato?* ou bien son adversaire, qui veut faire prévaloir la présomption de conquêt, devra-t-il nécessairement établir, avant tout, que l'immeuble était possédé par la communauté? et ne sera-ce qu'autant qu'il aura fait cette preuve préalable, que l'autre époux sera tenu de la détruire en établissant que l'acquisition est postérieure au mariage?

Les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation, du 14 février 1816 (2), posent en règle, que la présomption de conquêt n'existe qu'autant

---

(1) Brunemann sur la loi *Quintus Macius*.
Legrand sur Troyes, t. 6, art. 101, glose 1, n° 33.
M. Tessier, *Société d'acquêts*, n° 68, note.

(2) Devill., 5, 1. 154 et 155.

qu'il est prouvé que les époux ont possédé la chose pendant le mariage, et cette règle est encore plus nettement formulée dans l'arrêt de la Cour de Rennes, du 12 août 1814, contre lequel on s'était pourvu. Je crois qu'en effet l'article 1402 suppose que l'immeuble, qu'il présume conquêt, est dans les mains de la communauté, soit pendant sa durée, soit au moment de sa dissolution ; cette présomption se lie à un fait de possession préalable, prouvé au profit de la communauté. Mais quand la communauté a cessé d'exister depuis un temps plus ou moins long, et que l'immeuble se trouve, non pas dans l'actif de la communauté, mais dans la fortune privée du survivant, sans qu'on sache si la communauté en a eu la possession pendant son existence, il serait dangereux d'étendre à ce cas la présomption de l'art. 1402. La qualité de bien propre est alors beaucoup plus présumable ; elle n'est dominée par la présomption d'acquêt, qu'autant qu'il est prouvé que la communauté y a imprimé sa possession. C'est donc à celui qui prétend faire la preuve de l'acquêt, à donner pour support à sa prétention une preuve de possession par la communauté.

Article 1403.

Les coupes de bois, et les produits des carrières et mines, tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit,

d'après les règles du titre *de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation.*

Si les coupes de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds ou à ses héritiers.

Si les carrières ou mines ont été ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due.

SOMMAIRE.

548. Des produits des bois, carrières et mines.
549. Des produits des bois. — Des taillis, des futaies. Des taillis soumis à des coupes ordinaires et réglées. Les coupes tombent dans la communauté.
550. Suite.
551. Des taillis dont la maturité n'est arrivée qu'après la dissolution du mariage. Ils appartiennent à l'époux propriétaire du fonds, et ne tombent pas en communauté.
552. Des coupes retardées.
553. Différence, à cet égard, entre la communauté et l'usufruit.
554. Des hautes futaies non aménagées. Elles ne font pas partie du fonds. Les coupes d'arbres de haute futaie faites constant la communauté, sont propres.
555. Des élagages de ces arbres.
556. Des arbres de haute futaie arrachés par le vent ou coupés par malveillance.

557. Des hautes futaies aménagées.
558. Droit de la communauté aux arbres de haute futaie de toute espèce pour les réparations.
559. Des arbres fruitiers. Ceux qui meurent ou sont arrachés par le vent, appartiennent à la communauté, à charge de les remplacer.
560. Des produits des carrières. Distinction.
Des carrières ouvertes au moment du mariage. Leurs produits sont comparables aux fruits, et entrent dans la communauté.
561. Des carrières non ouvertes au moment du mariage. La communauté n'en peut user que pour des usages restreints ; mais si elle les exploite et en fait commerce, elle doit récompense.
562. Suite.
563. Suite.
564. Des mines.

COMMENTAIRE.

548. L'art. 1403 s'occupe des produits des bois, des carrières et des mines. Il donne des règles précises sur les droits que la communauté peut avoir à cet égard. Ce n'était pas assez de l'art. 1401, bien qu'il ait englobé tous les fruits et revenus quelconques dans une attribution générale à la communauté ; car il y a dans la jouissance des bois, des carrières et des mines, des choses qui ne suivent pas la condition ordinaire des fruits. Ce qu'on en tire ne se renouvelle pas toujours, comme les fruits qui, à des époques données, viennent périodiquement enrichir le propriétaire d'un revenu qui n'épuise pas le fonds. Une disposition spéciale de la loi était donc nécessaire. Tel est l'objet de l'art. 1403.

549. Parlons d'abord des bois.

Les bois ont deux sortes d'émoluments, les taillis et les futaies (1). Les taillis soumis à des coupes ordinaires et réglées (2), sont véritablement des fruits naturels (3). Abattus, ils se reproduisent pour être abattus de nouveau ; ils forment un revenu périodique et certain, plus certain même que la plupart des autres fruits de la terre, sans cesse menacés par les intempéries des saisons et les ravages de la nature. Non pas que la conversion des coupes en argent produise toujours un égal et assuré émolument ; le prix des bois varie considérablement d'une année à l'autre : mais quand nous parlons de la certitude du produit des bois, nous entendons les coupes mêmes, c'est-à-dire les arbres, branchages et fagotages qu'elles mettent à la disposition du possesseur.

Les taillis sont donc un revenu qui appartient à la communauté. L'art. 1401 a posé une règle qui s'applique parfaitement ici ; cette règle est reproduite par notre article, et coordonnée avec les principes reçus en matière d'usufruit. L'usufruitier qui a droit à tous les fruits naturels, a droit aussi aux taillis (4) en se conformant aux règlements et aménagements,

---

(1) Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1162.
(2) *Id.*
(3) *Id.*, n° 1164.
(4) Art. 582 C. civ.
M. Proudhon, t. 3, n° 1166.

et en observant l'ordre et la quotité des coupes (1). Telle est aussi la condition faite à la communauté ; elle jouit des taillis, mais elle en jouit avec les précautions indiquées par l'art. 590 du Code civil, afin que le droit d'user n'entraîne pas d'abus préjudiciable à la propriété.

550. Nous ne répéterons pas ici ce que nous avons dit, aux n°s 464 et 466, des fruits perçus avant le mariage et au moment du mariage. Les principes sont les mêmes pour les taillis, qui ne sont que des fruits naturels.

551. Nous n'ajouterons qu'un mot à l'égard des taillis dont la maturité n'est arrivée qu'après la dissolution du mariage.

On sait que les fruits non récoltés et pendants au moment de la dissolution de la communauté, restent propres à l'époux sur l'immeuble duquel ils sont percrus (2). Ceci s'applique aux taillis dont la coupe n'échoit qu'après la dissolution du mariage ; ils appartiennent à l'époux propriétaire du propre dont ces taillis dépendent (3). Sans doute, cette règle de

(1) Art. 590 C. civ.
L. 9, § 7, D., *De usufruct.*
(2) *Suprà*, n° 467.
(3) Charondas sur Paris, art. 231.
Lalande sur Orléans, art. 208.
Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 12, p. 100 et 101.

droit peut quelquefois paraître rigoureuse. Suivant certains aménagements, les taillis ne se coupent que de 15 en 15 ans, de 18 en 18 ans, de 20 en 20 ans. Ceux qui sont destinés aux forges, ne s'exploitent pas avant cet âge. Le mariage peut donc avoir duré longtemps sans que la communauté ait profité de ces bois. Mais c'est là un accident qui, quelque fâcheux qu'il soit, ne doit pas faire fléchir les principes. Le mariage n'a pas un temps limité ; il est fait avec l'espérance d'une longue durée ; c'est un titre indéfini. Si la mort est venue le rompre avant le moment des coupes forestières, elle pouvait n'arriver qu'après. Et puis, n'y a-t-il pas des cas où le mariage se contracte à une époque voisine des coupes, et où la communauté ne tarde pas à s'enrichir, dès ses premières années, de ces produits ? Est-ce qu'il ne peut pas arriver que, dans la première année, la communauté coupe des taillis de 20 ans, et que la dissolution advienne l'année d'ensuite? On le voit : il y a là des chances diverses qui se compensent ; il ne faut pas se préoccuper d'un seul cas et fermer les yeux sur les autres.

552. Si le mari avait laissé croître au delà de l'âge les taillis du propre de sa femme, ses héritiers auraient droit à la moitié de la coupe ; échue pendant le mariage, elle serait un fruit appartenant à la communauté. Sans quoi, il serait permis à un mari de faire tort à la communauté, en négligeant l'exercice d'un droit acquis, dont

l'oubli ferait passer à l'épouse tout le revenu de ses bois (1).

553. Il est vrai que l'art. 590 du Code civil, relatif à l'usufruit, décide que l'usufruitier n'a pas droit à être indemnisé pour les coupes de taillis ordinaires qu'il n'a pas faites pendant sa jouissance. Mais notre article contient une règle différente quand il s'agit de la communauté : il veut qu'il soit dû récompense à la communauté pour cette coupe qui, devant être faite, ne l'a pas été (2). Pourquoi en effet a-t-elle été différée ? Le législateur ne peut s'empêcher de concevoir des soupçons : si c'est le mari qui est propriétaire du propre, il est possible qu'il ait retardé la coupe pour faire tort à la communauté et s'avantager à ses dépens (3) ; si c'est à la femme que le propre appartient, on suppose que le mari a été négligent, et on se tient en garde contre des avantages indirects qui ne sont pas nettement déclarés. La négligence se suppose plus facilement dans les actes d'administration que la libéralité (4).

554. Les arbres de haute futaie ne font point partie du fonds (5). Ils ne se reproduisent pas pour assurer à

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 13, p. 102.
(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n°s 381 et 395. M. Duranton, t. 14, n° 148.
(3) Pothier, n° 210.
(4) Pothier, n° 595.
(5) Proudhon, *Usufruit*, t. 3, n° 1164.

l'homme un revenu périodique pendant la durée de sa vie. C'est un capital réservé, qui reste propre (1) et qui n'entre pas dans la communauté (2). Il suit de là que les arbres de haute futaie qui sont abattus pendant la communauté, ne sont pas un profit de la communauté. Ils restent, après la séparation du sol, ce qu'ils étaient auparavant. Ils tournent au profit personnnel de l'époux sur la forêt duquel ils étaient percrus ; et si le prix en est versé dans la communauté, il y a lieu à reprise (3).

555. Seulement les élagages qui s'effectuent à certaines époques et servent au chauffage, sont comparables à des fruits et entrent dans l'actif de la communauté (4).

556. On demande si, lorsque le vent déracine des arbres, ou que des malveillants les coupent, ces arbres appartiennent à la communauté. Suivant Lebrun, on ne suit pas ici la décision de la loi 12, D., *De usuf.* Car la communauté a plus de droits qu'un usufruitier ordinaire. Ce qu'elle ne prend pas à titre d'usufruitière, elle le prend comme maîtresse de

---

(1) Art. 592.
L. 11, D., *De usuf.*
(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 394.
(3) *Id.*
(4) Art. 593.
M. Proudhon, t. 3, n° 1198.

tous les meubles avenants (1). Elle doit donc profiter sans remploi des arbres qui tombent de vieillesse, ou de ceux que l'on est obligé d'abattre en bonne administration parce que leur âge est arrivé (2).

Cette décision de Lebrun n'est pas d'accord avec notre article, dont la disposition veut que la communauté n'ait droit aux futaies qu'autant que l'usufruitier y a des droits. Or, l'art. 592 a fixé le sort des arbres arrachés ou brisés par accident (3). L'usufruitier peut les utiliser pour faire les réparations dont il est tenu ; mais quand il n'y a pas de réparations à faire, les futaies arrachées ou brisées sont la chose du propriétaire.

557. Quand une futaie est aménagée par la destination du propriétaire, il en est autrement. Cette destination procure une source annuelle ou périodique de revenu ; les produits abattus tombent dans la communauté, de même qu'ils profitent à l'usufruitier (4).

558. Au surplus, et dans tous les cas, la communauté a droit de prendre des arbres de haute futaie pour les réparations dont elle est tenue (5). Elle peut

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 2, p. 98.
(2) *Id.*
(3) M. Proudhon, t. 3, n° 1194.
(4) M. Proudhon, t. 3, n° 1164.
(5) Art. 592 C. civ.

prendre également dans les bois propres, des échalas pour les vignes (1).

559. Les arbres fruitiers qui meurent, ne sont pas dans la classe des arbres forestiers. Il y a, en ce qui les concerne, un texte exprès dans l'art. 594 du Code civil : la communauté, pareille à l'usufruitier, profite des fruitiers qui meurent, ou qui sont arrachés ou brisés par accident ; mais elle est tenue de les remplacer par d'autres fruitiers, en sorte qu'elle paye, en partie, par les frais de ce remplacement, le bénéfice que lui procure l'attribution des fruitiers morts ou renversés par accident. Dans les pays où les poiriers et les pommiers donnent à l'homme sa boisson, cet article des arbres fruitiers est d'une grande importance.

560. Venons maintenant aux carrières.

Il faut distinguer les carrières ouvertes au moment du mariage, et celles qui s'ouvrent depuis. Cette distinction est empruntée à l'usufruit (art. 598). Notre article la transporte dans le régime en communauté pour en faire la loi de l'association conjugale.

Lorsqu'une carrière est ouverte au moment du mariage, elle a une destination productive qui fait supposer que l'époux a voulu que la communauté prît part à cet émolument. Ainsi que nous l'avons vu tout à l'heure en parlant des futaies aména-

---

(1) Art. 593.

gées (1), la destination du propriétaire exerce en cette matière une grande influence (2). Quand le maître a mis une carrière en voie d'exploitation, il a montré qu'il voulait s'en faire un revenu (3).

Les produits des carrières ouvertes sont donc considérés comme des fruits civils. D'anciens naturalistes ont dit qu'il y avait, dans les Gaules et en Asie, des carrières où les pierres renaissaient; les jurisconsultes romains ont adopté cette opinion (4). Mais ce n'est pas sur cette fausse donnée géologique qu'est fondé le principe du droit qui assimile les produits des carrières ouvertes aux fruits. Car les jurisconsultes romains eux-mêmes, quoique cédant à cette erreur, reconnaissent qu'en général les produits des carrières ne sont pas des fruits: *Nec est in fructu marmor* (5). Ils ne sont pas des fruits naturels, en effet. Les matières extraites ne renaissent pas. Mais par la destination elles deviennent fruits civils. Quand une carrière est à l'état d'exploitation, il est évident que les pierres extraites sont un émolument qui, à l'instar des fruits [*tanquam fructu aut reditu*, comme dit Cu-

---

(1) N° 557.

(2) Lebrun a fait aussi cette remarque, p. 105, n° 20, vers la fin.

(3) M. Proudhon, t. 5, n° 1202.

(4) L. 28, D., *De acq. rer. dom.*
L. 9, § 2, D., *De usuf.*
L. 7, § *Si vir*, D., *Solut. mat.*

(5) L. 7 précitée.

jas (1)], rend le fonds plus avantageux, plus productif, d'un revenu plus considérable (2). L'époux qui en est propriétaire, est censé avoir voulu que la communauté recueillît cet émolument de sa chose (3), par la même raison qu'il a voulu que la communauté profite des fruits de ses propres (4). C'est aussi, si l'on veut, une sorte d'ameublissement, un apport d'un fonds perdu déjà engagé et aliéné, dont la communauté ne laisse pas d'avoir la jouissance sans remploi (5).

561. Mais le mari ne peut exploiter une carrière non ouverte du propre de sa femme (6). Celle-ci n'est pas censée en avoir permis l'usage, n'en connaissant pas l'existence. L'exploitation donnerait lieu à récompense (7). Il n'est permis au mari d'y puiser que pour un usage restreint et sans incommoder ni appauvrir le fonds (8); par exemple, pour se procurer les

---

(1) XV, *observat.* 21.

(2) Anne Robert, *Remarques du Droit civil*, liv. 1, chap. 23. Lebrun (liv. 1, chap. 5, dist. 2, n° 18, p. 104 et 105) a expliqué ceci mieux que Pothier, n° 97.

(3) Cujas, XV, *observat.* 21.
Henrys, t. 1, liv. 4, chap. 5, quest. 44.

(4) MM. Odier, t. 1, n° 98.
Duranton, t. 14, n° 147.
Toullier, t. 12, n° 128.
Rodière et Pont, t. 1, n° 397.

(5) Lebrun, *loc. cit.* n° 20.

(6) *Id.*

(7) *Id.*

(8) L. 13, § 5, D., *De usuf.*

cailloux nécessaires pour raccommoder les chemins de la ferme, ou fournir aux prestations, etc., etc. Mais exploiter la carrière, en faire commerce, c'est diminuer la substance du fonds ; c'est disposer de ses parties ; c'est donner à l'épouse une cause d'indemnité (1). Car il n'y a eu de sa part aucune destination de nature à convertir en fruits les matières extraites.

C'est là ce que veut dire notre article quand il énonce que les produits des carrières non ouvertes ne tombent dans la communauté que sauf récompense. C'est dire, en d'autres termes, que ces produits ne sont pas des effets de communauté, qu'ils ne tombent réellement pas dans la communauté (2).

562. L'indemnité consiste dans le produit net des carrières qui a été versé dans la communauté, et dont sa position, pareille à celle d'un usufruitier, ne l'autorisait pas à profiter à titre de maître (3). L'indemnité peut comprendre aussi, suivant les cas, ce qui est dû à l'époux propriétaire du propre si des dégradations ont été faites (4).

---

(1) Art. 598 C. civ.
M. Proudhon, t. 3, n° 1202.

(2) M. Odier, t. 1, n° 98.

(3) MM. Toullier, t. 12, n° 128.
Dalloz, t. 10, p. 186.
Duranton, t. 14, n° 147.
Zachariæ, t. 3, p. 414 et 415, notes 12 et 15.
Rodière et Pont, t. 1, n° 400.
Contrà, M. Delvincourt, t. 3, p. 240.

(4) *Id.*, *id.*

563. Du reste, il n'est pas impossible, par contre, qu'une indemnité soit due à l'époux non propriétaire qui, pour ouvrir la carrière, a fait des dépenses profitables à l'époux propriétaire (1).

564. Ce que nous venons de dire des carrières s'applique aux mines.

Article 1404.

Les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage, ou qui leur échoient pendant son cours à titre de succession, n'entrent point en communauté.

Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté, à moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du mariage, auquel cas elle serait réglée suivant la convention.

SOMMAIRE.

565. Transition. Exposé sommaire de l'article 1404.
566. Renvoi pour quelques-unes de ses dispositions déjà expliquées ailleurs.

---

(1) M. Toullier, *loc. cit.*
Art. 1437 C. civ.

567. De l'immeuble acheté après le contrat de mariage et avant la célébration Il est conquêt

568. Raison de ce point de droit.

569. Réponse à l'objection que c'est faire commencer la communauté avant le mariage.

570. Suite.

571. D'une opinion proposée dans l'ancienne jurisprudence et incompatible avec notre article.

572. A l'inverse, le prix des propres vendus dans l'entretemps, ne doit-il entrer dans la communauté que sauf récompense?

573. La règle qui fait de l'immeuble acheté dans l'entretemps un conquêt, n'a d'application qu'autant qu'il y a un contrat de mariage. Mais s'il n'y en a pas, rien n'empêche l'époux d'immobiliser toute sa fortune dans un temps voisin du mariage.

574. L'acquisition d'un immeuble dans l'intervalle du contrat de mariage au mariage, n'opère pas de conquêt quand l'immeuble est donné. L'article 1404 n'est pas fait pour les acquisitions à titre gratuit.

575. La qualité de conquêt manque également si l'achat est fait en vertu d'un pacte d'emploi.

Qu'est-ce que *l'emploi ?* Son but et son utilité.

576. L'argent est chose fragile. Les propres immobiliers ont plus de solidité.

577. L'emploi peut être stipulé, soit par les parents de la femme, soit par la femme elle-même dans son contrat de mariage.

La clause d'emploi n'a rien de blessant pour le mari ; il ne faut pas la comparer à l'obligation de donner caution.

La clause d'emploi est souvent stipulée pour les deniers du mari.

578. Ainsi donc, la clause d'emploi fait exception à la règle posée par l'article 1404.

579. Renvoi à l'article 1500 pour les conditions dont l'achat doit être environné pour être tenu comme emploi des deniers dotaux.

580. Du cas où l'immeuble acquis dans l'entre-temps, sans qu'il y ait clause d'emploi, a été acquis avec le concours des parents, conformément à l'article 1396 du Code civil. Ce concours n'apporte-t-il pas un changement en temps utile au contrat de mariage? Ne fait-il pas un propre?

581. Des immeubles acquis pendant le mariage *à titre de succession*. Ils sont propres. C'est encore là une exception à l'article 1402.

582. De là une différence grave entre la succession mobilière, qui engendre des choses de communauté, et la succession immobilière, qui engendre des propres.

De tout temps, les immeubles échus par succession ont eu, en France, la qualité de propres. On ne suppose pas l'intention de les mettre en commun.

583. Suite.

Dans l'ancien droit, on faisait exception à cela pour les successions contraires au cours de la nature.

584. La distinction entre les successions mobilières et les successions immobilières est fondée en raison.

585. Le Code civil ne fait plus de distinction, dans les successions immobilières, entre les successions des descendants et les successions des ascendants.

586. De la chose acquise par retrait successoral. Tout titre successif fait des propres.

587. Application de cette règle au retour légal dont parle l'article 747 du Code civil.

Objections sérieuses.

588. Réponse aux raisons de douter.

589. Suite.

590. Suite.

591. Suite.

COMMENTAIRE.

565. L'art. 1404 nous ramène à l'énumération des propres, déja entamée par l'art. 1402 (1); il insiste sur deux causes capitales qui engendrent surtout le caractère de propre : c'est 1° la possession d'un immeuble au moment du mariage; 2° la succession faisant arriver un immeuble à l'un des époux pendant le mariage.

566. Nous avons parlé ci-dessus (2) de la possession antérieure au mariage comme signe caractéristique du propre ; nous avons également parlé du titre de propriété qui précède le mariage et d'où dérive le caractère de propre (3) : nous ne revien-

---

(1) Sur le sens des mots *propres* et *acquêts*, voyez *suprà*, nos 457 et 487.

(2) Nos 526 et suiv.

(3) Nos 496 et suiv.
V. *infrà*, nos 598 et 599, ce que nous disons des donations antérieures au mariage.

drons pas sur nos observations ; elles servent de commentaire à l'art. 1404 comme à l'art. 1402 ; il suffit de s'y reporter.

567. Nous n'insisterons ici que sur le cas particulier prévu par le 1[er] paragraphe de l'art. 1404, dans lequel on voit un immeuble acheté avant le mariage, placé au nombre des conquêts : situation singulière, anormale, et qui fait exception aux principes rappelés au n° précédent. Ce cas est celui où après le contrat de mariage, mais avant la célébration du mariage, l'un des époux achète un immeuble avec des deniers qui étaient destinés à la communauté. Notre article déclare cet immeuble conquêt, et cela, bien que le titre d'achat soit antérieur à la célébration du mariage. Telle était aussi l'ancienne jurisprudence, dont les principes ont été formulés de la manière suivante dans les arrêtés de Lamoignon (1) : « Les acquisitions » faites par l'un des conjoints depuis le contrat de » mariage, avant les épousailles, entreront en com- » munauté, si ce n'est que les acquisitions aient été » faites en exécution des clauses du contrat de ma- » riage, auquel cas elles seront réglées suivant le » contrat. »

568. La raison de cette disposition, dérogatoire au principe posé en tête de l'art. 1404, est facile à comprendre.

---

(1) T. 32, n° 12.

Dans l'intervalle du contrat à la célébration, la mauvaise foi peut intervenir pour changer la qualité des biens en vue desquels les bases du contrat de mariage ont été arrêtées, et frustrer la communauté en convertissant en immeubles propres le mobilier destiné à tomber dans son actif. Il ne saurait en être ainsi : la communauté a droit aux choses des époux, en les prenant dans les conditions où elles se trouvaient au moment du contrat. C'est pourquoi l'acquêt fait par le mari dans l'entre-temps, est conquêt de communauté (1). Supposons qu'un marchand ait promis communauté à sa femme, et que dans l'intervalle du contrat au mariage, il convertisse en immeubles une partie de son fonds : ne serait-ce pas faire tort à la femme, qui voit enlever à la communauté ce qui devait en faire le principal aliment?

569. Ce n'est pas à dire pour cela que la communauté commence avant la célébration du mariage. Nullement. Mais il s'agit de parer à des fraudes; et dans ce but, la date du contrat de mariage sert de point de départ, *ne illudatur alterutro conjugum*. C'est ainsi que l'hypothèque légale de la femme prend rang du jour du contrat de mariage, afin qu'une sûreté nécessaire protége la femme (2). C'est par la même raison, et non pas parce que la communauté existe déjà, que l'immeuble acheté dans

(1) Lebrun, p. 32, n° 8.
(2) *Suprà*, n° 324.

l'entre-temps est conquêt. Il est censé conquêt afin d'indemniser la communauté future du préjudice qui lui est préparé par la conversion frauduleuse du mobilier en immeubles propres (1).

570. Lors même qu'il n'y aurait pas de fraude et que la conversion serait faite pour saisir une occasion favorable, il n'en est pas moins vrai que ce changement imprévu altère les conditions arrêtées de la communauté, et qu'il n'est pas juste que celle-ci reste sans dédommagement. Or, quel est le dédommagement le plus naturel? c'est d'attribuer à la communauté l'immeuble à titre de conquêt.

571. Dans l'ancienne jurisprudence, quelques auteurs voulaient que l'immeuble fût propre, sauf indemnité (2); mais cette opinion n'était pas dominante, et le Code civil a bien fait de ne pas la suivre. L'attribution de la chose à la communauté est un mode de dédommagement plus simple : il efface la fraude; il donne à l'acte un motif honorable, et fait supposer que l'époux a acheté dans le légitime intérêt de la communauté future.

(1) Lebrun, *loc. cit.*
Vigier sur Angoumois, art. 40, n° 3, cite un arrêt du 15 octobre 1677.
V. *suprà*, n° 522.

(2) Nouveau Denizart, *Communauté de biens*, § 7, nos 11 et 12

572. Ceci posé, et les immeubles acquis dans l'entre-temps étant conquêts, faudra-t-il dire à l'inverse, que le prix des propres vendus à la même époque, n'entre dans la communauté qu'à charge de récompense? Lebrun se prononce pour l'affirmative (1); nous avons dit ci-dessus que cet avis est le nôtre (2) : sans quoi ce serait une contre-lettre, un vrai changement au contrat de mariage, qui n'a pas dit que l'immeuble serait ameubli, et qui par conséquent a vu en lui un propre (3). Ce n'est pas que la communauté existe déjà. Mais on indemnise l'époux. On ne lui permet pas d'augmenter la communauté sans l'avis des parents; on le ramène aux dispositions de l'article 1396. Tout cela nous paraît incontestable, et nous ne pouvons que renvoyer aux nos 244 et 364.

573. Maintenant revenons au cas précis de l'article 1404, c'est-à-dire à la conversion des meubles en immeubles.

On remarquera d'abord avec Lebrun (4) que la règle qui fait de l'immeuble acheté un conquêt, n'a d'application que dans le cas où les parties ont rédigé un contrat de mariage; elle ne trouve pas de place dans le cas de communauté légale, c'est-à-dire, alors

(1) P. 33, n° 10.
(2) *Suprà*, nos 244 et 364.
(3) V. art. 1396.
(4) *Loc. cit.*

que le mariage, la convention tacite et le point initial de la communauté datent du même instant. Ainsi, en pareil cas, quand même l'époux aurait immobilisé sa fortune dans un temps voisin du mariage, il n'y aurait pas à argumenter de l'article 1404. Comment, en effet, pourrait-on s'arrêter à une idée de fraude? comment pourrait-on mettre l'époux en contradiction avec la convention? lorsqu'il a converti, il n'y avait pas encore de convention même tacite. Il n'y en a eu une qu'à l'instant même de la célébration.

574. Il y a une seconde observation :

C'est que l'acquisition faite dans l'entre-temps, ne donne à l'immeuble la qualité d'acquêt, qu'autant qu'elle a pour cause une conversion volontaire des valeurs mobilières en valeurs immobilières. Que si l'immeuble, au lieu d'avoir été acheté avec des valeurs mobilières, a été donné à l'époux dans l'entre-temps, alors il n'est pas conquêt, il est propre. Ce n'est pas pour le cas de donation et d'acquisition à titre gratuit, qu'est fait l'article 1404. En pareille circonstance, il n'y a pas lieu à dédommagement parce qu'il n'y a ni fraude ni préjudice (1). Pourquoi donc la communauté exigerait-elle sa part dans cet immeuble, elle qui n'existait pas encore quand

---

(1) Pothier, n° 281.

l'immeuble a été acquis (1) ? Est-ce que l'immeuble n'a pas toutes les conditions du propre ?

575. Maintenant une réflexion se présente. Puisque l'article 1404 n'a eu qu'un but, celui de prévenir les fraudes et de maintenir au contrat de mariage toute son autorité, il s'ensuit que la qualité de conquêt manquera à l'immeuble acheté, si cet achat est fait en vertu d'un pacte d'emploi stipulé dans le contrat de mariage. Nous avons vu tout à l'heure ce point de droit formulé dans les arrêtés de Lamoignon (2). On ne fait pas fraude au contrat; on l'exécute. Les parties ont voulu que les deniers de l'épouse fussent immobilisés; elles en avaient le droit ; leur volonté doit recevoir exécution.

Mais ceci demande une courte explication. Notre article est le premier qui nous donne occasion de parler de l'emploi ; il faut en dire quelques mots (3):

Pour faciliter un mariage, il est ordinairement expédient que la future apporte dans sa dot de l'argent comptant. En France comme à Rome (4), on rencontre beaucoup de maris qui ont égard à un

(1) Pothier, *loc. cit.*
Junge MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 408.

(2) N° 567.

(3) V. *infrà*, comm. de l'art. 1500, pour plus de développements.

(4) Terentius Clemens, l. 61, § 1, D., *De jure dotium*: « Sin autem non aliter contrahere matrimonium vir patitur, *nisi pecunia in dotem data*, etc. »

apport de cette nature, et en ont fait une condition de leur établissement. C'est pourquoi les pères prévoyants ont coutume de mettre de côté des sommes d'argent, qu'ils réservent pour la dot de leurs filles, au lieu de les employer en achat d'immeubles. Mais un même sentiment de prudence leur faisant craindre aussi que cet argent épargné pour l'avenir de leur propre famille, n'aille se fondre dans une autre maison, ils exigent qu'une partie sera employée en achat d'immeubles (1). Cette destination est une charge, un mandat confié à la prudence du mari. Quand il l'exécute, l'immeuble acheté est propre à la femme, et n'entre pas en communauté (2). Il en est de même des fonds livrés au mari avec cette destination ; ils sont propres, même avant d'avoir été employés (3). D'après la jurisprudence la plus certaine, la destination d'emploi n'impose pas au mari une obligation précise de faire cet emploi (4). Mais, par contre, il ne faut pas que sa négligence tourne à son profit et fasse entrer les deniers en communauté ; ils sont donc propres, même

(1) Coquille sur Nivernais, t. 23, art. 17, quest. 121.

(2) Renusson, *des Propres*, chap. 6, sect. 7.
Dumoulin sur Dreux, art. 202.

(3) Paris, art. 93.
Infrà, nos 1946 et 1947.
Dumoulin sur Nivernais, t. 23, art. 17

(4) Pothier, n° 327.
Infrà, nos 1073, 1109, 1332 et 1946

alors qu'ils ne sont pas employés. Il y a alors réalisation. Nous nous occuperons de ces deniers réalisés dans notre commentaire de l'article 1500 (1) : nous verrons que les meubles réalisés ne sont pas, à l'égard de la puissance maritale, dans des conditions aussi rigoureuses que les immeubles propres (2).

Pour le moment occupons-nous de l'emploi (3).

576. Nous venons de le dire : l'emploi est fort utile pour la femme. L'argent est chose fragile et glissante : « *Fragilis est enim et lubrica res, pecunia quæ facilè perire potest* (4). » Les immeubles ont plus de solidité ; le propriétaire s'y affectionne et ne se décide que difficilement à les aliéner. D'ailleurs pour aliéner un propre de communauté, il faut le concours de deux volontés, celle de la femme et celle du mari (5) ; au contraire, le mari seul peut disposer des effets de la communauté, comme seigneur et maître. De plus, le propre a cet avantage pour la femme, qu'au lieu d'être réduite à une action en indemnité, souvent inefficace si la communauté a mal tourné, elle reprend son immeuble propre en nature, avec les augmentations de valeur dont il a pu bénéficier. Enfin, le mari bon

(1) *Infrà*, n° 1946.

(2) Pothier, n° 325.

(3) V. Renusson, *des Propres*, chap. 6, sect. 7.

(4) L. 79, § 1, D., *De legat.* 3°.

(5) Art. 1428.

administrateur doit désirer une acquisition immobilière, à titre de placement plus sûr et plus prudent que tous ceux qu'offrent les caisses des banquiers, les sociétés commerciales, les prêts hypothécaires. Voilà pourquoi la clause d'emploi a de tout temps été très-fréquente dans la jurisprudence française (1). Le droit romain en offre des exemples (2). Elle concilie les besoins pécuniaires que la communauté éprouve à son début, avec le soin d'assurer aux apports de la femme une collocation solide : *Quò mulieri esset rei cautior* (3). Elle n'a rien de blessant pour le mari, puisque c'est lui-même qui est l'agent de l'emploi, et qui a un pouvoir souverain pour décider de son opportunité.

577. Ce ne sont pas seulement les parents donateurs de la dot, qui sont maîtres d'imposer l'obligation d'emploi ; la femme qui apporte elle-même sa dot, peut aussi, par son contrat de mariage, stipuler cet emploi. Vainement dirait-on qu'elle se donne à elle-même une loi qui enchaîne sa liberté (4). Mais cette loi lui est favorable ; elle est dans son intérêt ; elle n'est autre chose, après tout, qu'un mandat irré-

---

(1) D'Argentré sur Bretagne, art. 408.

(2) Julianus, l. 21, D., *De pactis dotalib.* ; Cicér., *pro Cœcinâ*, n° 4.

M. Benech, *de l'Emploi et du Remploi*, n°s 1, 2 et suiv.

(3) Cicér., *loc. cit.*

(4) Coquille sur Nivernais, t. 23, art. 17.

Pomponius, l. 61, D., *de Pactis*.

vocable ; irrévocable comme tout ce qui entre dans les contrats de mariage. Quand un mari n'a aucun bien-fonds, on sent qu'une prévoyance, souvent très-sage, peut conseiller la clause d'emploi. Ce n'est (nous le répétons), ni une condition injurieuse pour lui, ni une contradiction de la part de la femme qui, confiant sa personne à son époux, n'oserait pas lui confier ses fonds. La femme, au contraire, donne à son mari une preuve de sa confiance puisqu'elle le constitue son mandataire à la charge de faire lui-même l'emploi (1); emploi, du reste, désirable pour lui comme pour elle, et qui rentre dans les bonnes pratiques d'un père de famille diligent. On ne dira donc pas de la clause d'emploi, ce que Justinien disait de l'obligation où l'ancien droit mettait quelquefois le mari de donner à sa femme des fidéjusseurs pour répondre de sa dot : « *Si credendum sesse mulier marito existimavit, quare fidejussor exigitur, ut causa perfidiæ in connubio generetur* (2) ? » Rien, en effet, n'était plus offensant pour un mari, que cette exigence de sa femme, que cette intervention d'une personne étrangère dans les affaires domestiques. La convention d'emploi ne ressemble en aucune manière à cela. Elle est une sûreté que le mari doit rechercher autant que la femme, pour la prospérité de la famille et l'avenir des enfants : la preuve en est

---

(1) *Infrà*, n° 1141, ce que disaient Coquille et D'Aguesseau.

(2) L. 2, C., *Ne fidejuss. vel mand. dot.*

Infrà. n° 3152, 3153 et 3154.

que la clause d'emploi est souvent stipulée au profit du mari, et à l'égard de sommes d'argent par lui apportées en mariage (1).

578. Ceci posé, on comprend maintenant pourquoi l'immeuble acquis pendant l'entre-temps avec les deniers de l'époux, n'est pas un conquêt de la communauté si l'achat est fait en vertu d'un pacte d'emploi. Lors même que le contrat aurait été passé après le mariage, l'immeuble entrerait comme propre, par l'énergie de la clause d'emploi, dont le but principal est de faire des propres conventionnels et d'exclure de la communauté l'apport mobilier de la femme (2).

579. Du reste, nous verrons dans notre commentaire de l'art. 1500 quelles sont les conditions dont l'achat doit être environné pour être tenu comme emploi des deniers de l'époux.

580. Revenons au cas où l'immeuble acheté dans l'entre-temps avec les deniers de l'un des époux, n'a pas été acquis par suite d'une clause d'emploi : nous avons vu que cet immeuble est qualifié conquêt par notre article.

Mais *quid juris* cependant, si l'immeuble avait

---

(1) Renusson, chap. 6, sect. 7, n° 16.

(2) Pothier, n°s 316 et 327.
M. Benech, n° 3.

été acquis avec le concours des parents dont la présence est requise par l'art. 1396, et ayant signé le contrat de mariage? Ne pourrait-on pas dire que c'est là un changement légalement apporté au contrat de mariage avec le consentement des personnes capables?

Je n'hésite pas à croire qu'en pareil cas l'immeuble est propre (1). Le contrat de mariage a reçu une modification juridique avec les conditions de l'art. 1396 du Code civil. Il faut respecter cette volonté des époux et de la famille. Qu'a voulu l'art. 1404? Son but a été de prévenir les fraudes, les surprises, les mécomptes; mais rien de tout cela n'est à craindre quand une volonté solennelle a modifié en temps utile le contrat de mariage, et que son autorité a substitué des propres à des apports mobiliers. Tant que le mariage n'est pas accompli, il y a pour les époux un temps de liberté. Ce n'est qu'après le mariage que leur volonté est enchaînée.

581. Après avoir parlé des immeubles possédés avant le mariage, occupons-nous des immeubles acquis pendant le mariage à titre de succession. Notre article décide qu'ils ne sont pas conquêts de communauté; ils sont propres par exception au principe posé dans l'art. 1402.

Ceci est très-remarquable, et constitue une diffé-

---

(1) V. *suprà* : arg. de ce que je dis aux nos 244 et 364.

rence importante entre les successions mobilières et les successions immobilières : les premières alimentent la communauté de tout ce qu'elles font obvenir aux époux pendant le mariage (1) ; les autres n'engendrent que des propres.

582. Cette différence entre la succession mobilière et la succession immobilière remonte à l'origine la plus lointaine. Les immeubles échus par succession ont eu, de tout temps, en France, la qualité privilégiée de propres (2) : ils forment le patrimoine le plus précieux ; ils ont pour eux la consécration des souvenirs de famille ; l'affection porte à les conserver intacts. Il n'en est pas de même des meubles : sujets à dépérissement, exposés à de brusques chances de dépréciation, soumis à de fréquentes nécessités d'aliénation, atteints par la confusion et le mélange, ils entrent dans le mouvement de communication et d'affaires dont la communauté est le centre.

La communauté, qui embrasse l'avenir, et qui est un titre universel (3), s'enrichit donc de ces meubles que la succession envoie naturellement aux époux (4).

---

(1) Art. 1401.
Suprà, n°s 415 et 416.

(2) Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 5, n° 1.
Normandie, art. 246.

(3) *Suprà*, n°s 414 et 416.

(4) *Suprà*, n° 415.

De part et d'autre, il y a chance égale, et d'ailleurs aucune affection marquée ne fait supposer que les époux ont entendu s'en réserver la propriété exclusive. A la vérité on peut les rendre propres par convention (1); dans les familles où la plus grande partie de la fortune consiste en deniers comptants, crédit, actions, etc., il est juste d'autoriser les conventions qui donnent à ces valeurs les droits des propres. Mais la qualité de propre ne convient pas naturellement aux meubles; ils ne l'ont que par fiction et par convention. Au contraire, les immeubles qui forment l'héritage de la famille, ont, au plus haut degré, le caractère de propres, et ce serait faire violence à toutes les présomptions raisonnables, que de supposer que les époux ont entendu les mettre en commun.

583. C'était donc une maxime de l'ancien droit coutumier, que de tout ce qui vient durant le mariage, il n'y a que la succession immobilière qui reste en dehors de la communauté (2). Nous avons vu ci-dessus que les donations faisaient des conquêts (3). C'était aussi à la communauté que profitaient les successions mobilières. La succession aux

(1) Renusson, chap. 1, sect. 3, n° 4.
(2) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 4, n° 11.
Pothier, n° 140.
Ferrières sur Paris, art. 220, § 1, n° 16.
(3) *Suprà*, n° 536.

immeubles, seule, n'engendrait que des propres. *Sibi autem quisque hæreditatem acquirit* (1).

On ne faisait d'exception à cette règle des successions immobilières, que pour les successions contraires au cours de la nature. C'est pourquoi la succession ascendante, en ligne directe, faisait des conquêts ; on la considérait comme le résultat d'un événement funeste, qui troublait les espérances légitimes de la famille et sortait des règles ordinaires. Les immeubles ainsi acquis venaient donc augmenter la communauté (2).

Quant aux meubles acquis par succession, ils étaient objet de communauté (3), à moins que le contrat de mariage n'eût stipulé que tout ce qui écherrait par succession ou autrement serait propre.

584. Le Code a consacré la distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière (4). Cette distinction n'est pas une chimère aristocratique ou un reste de préjugés ; elle est fondée sur la nature des choses, sur l'ordre des affections, sur les présomptions les plus rationnelles. Quand les époux

(1) L. 45, § 2, D., *De acq. hæred.*
(2) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 5, n° 2, p. 121.
Arrêt du parlement de Paris du 31 juillet 1675. Journal du Palais, part. 4, p. 457.
Ferrières, *loc. cit.*
Suprà, n° 536.
(3) Lebrun, p. 122, n° 5.
(4) *Suprà*, nos 414 et suiv.

riches en meubles, qui font un contrat de mariage, ne réalisent pas ces meubles, n'est-il pas évident qu'ils ont trouvé juste la disposition de la loi et la communication du mobilier? Que fait à cela l'importance qu'a acquise, dans ces derniers temps, la richesse mobilière? quel que soit son développement, elle conserve toujours son caractère et sa nature; elle est toujours sujette à confusion et à mélange; elle est toujours un objet naturellement saisissable par la communauté.

585. Mais le Code civil ne fait plus de distinction entre les successions immobilières; qu'elles soient ascendantes ou descendantes, il n'importe: les immeubles qu'elles font arriver aux époux, sont propres et n'entrent pas en communauté.

586. Il y a plus: tout titre successif quelconque suffit pour faire un propre et enlever à la chose obvenue la qualité de conquêt. Quand un conjoint exerce en vertu de l'art. 841 du Code civil le retrait successoral, l'immeuble qu'il retire par ce moyen, est un propre (1); l'action de retrait dérive

---

(1) Arg. de ce que dit Pothier, n° 166, du retrait lignager, ainsi que Ferrières sur Paris, art. 220, § 1, n° 30.
MM. Toullier, t. 12, n° 134 (bis).
Duranton, t. 14, n° 186.
Zachariæ, t. 3, p. 422.
Odier, t. 1, n° 120.
Rodiere et Pont, t. 1, n° 460.

du droit de succession; c'est à l'héritier qu'il est attribué en sa qualité d'héritier. Seulement, si l'époux avait pris dans la communauté quelque chose pour rembourser l'acheteur de son prix de cession, il en devrait récompense.

587. C'est aussi un titre successif que le retour légal organisé par l'art. 747 du Code civil. Les opinions ne sont cependant pas univoques sur ce point. C'est pourquoi nous devons nous y arrêter un instant.

On sait que le droit de retour conventionnel (1), qui fait rentrer une chose dans la main du donateur, lui maintient la qualité qu'elle avait avant d'en sortir. Était-elle propre? elle rentre comme propre. Était-elle acquêt? elle rentre comme acquêt. Le droit de retour résout la donation. Il remet la chose dans son état primitif (2). Partant de cet état de choses, de bons esprits ont pensé qu'il faut en dire autant du retour légal qui s'opère, en vertu de l'art. 747 du Code civil, au profit de l'ascendant donateur, lorsque le descendant donataire prédécède sans enfants et que l'immeuble se retrouve dans sa succession. M. Delvincourt soutient l'affirmative (3), et c'est

---

(1) Art. 951 C. civ.

(2) Arg. de ce que dit Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 5, n° 3, p. 121,

Et de l'art. 952 C. civ.

Suprà, n° 501.

(3) T. 3, notes, p. 18.

aussi ce qu'enseignait Lebrun sous l'ancienne jurisprudence (1). Si les ascendants ont donné un conquêt de leur communauté, l'immeuble rentre dans leurs mains comme conquêt. Si, au contraire, l'ascendant a donné un propre, l'immeuble lui redevient propre. En effet, dit Lebrun : « Quoiqu'il y ait de la » succession mêlée dans le droit de réversion, néan» moins la réversion prédomine: cela est si vrai, » qu'elle appartient au donateur, quoique plus éloi» gné, et quoiqu'il soit aïeul et qu'il y ait un père » entre deux. Or, la réversion rétablit les choses » dans leur premier état; et si on juge en pays cou» tumier que, quand elle n'est que légale, elle se fait » avec la charge des dettes, c'est parce qu'on estime » qu'en assujettissant au payement des dettes du do» nataire les biens sujets à la réversion légale, on rend » les donations, qui se font le plus souvent en di» recte, même à l'occasion du mariage des enfants, » plus pleines et plus absolues: et qu'en les exemp» tant, on laisse une espèce d'interdiction au dona» taire, qui rompt son commerce, et fait obstacle à » son établissement. Il doit donc rester que l'héri» tage retourne au donateur dans la qualité qu'il » était, et que quand le père et la mère ont donné » un conquêt à leur fille et qu'elle meurt sans en» fants, l'héritage est, derechef, un conquêt en » leur personne, dont le père peut disposer. »

---

(1) *Loc. cit.*

588. Ces raisons sont très-graves. Cependant, on peut leur opposer que le retour légal est une vraie succession ; car il est ainsi qualifié par l'art. 747 du Code civil, et c'est aussi le nom qu'il portait dans le droit coutumier (1). C'est pourquoi Pothier remarquait sur la coutume d'Orléans que ce n'était pas à titre de réversion, mais à titre de succession, que la chose donnée revenait à l'ascendant (2). Or, si la reprise donnée s'effectue à titre de succession, il est difficile de ne pas lui appliquer la disposition de l'art. 1404 (3).

589. Supposons donc que Titius et Titia aient donné à leur fille, lors de son mariage, un immeuble conquêt de leur communauté, si celle-ci prédécède, cet immeuble rentrera propre pour moitié à chacun des époux. Il demeurera étranger, pour la propriété, à la communauté.

590. Que si avant le décès de la fille, la mère était morte, le père ne succédera à la chose que pour moitié ; l'autre moitié ne sera pas atteinte par l'art. 747. Elle n'a pas été donnée par le père.

---

(1) Pothier, *Successions*.
Paris, art. 313.
Orléans, art. 315.
(2) Sur cet art. 315.
(3) C'est l'opinion de MM. Pont et Rodière, n° 461.
Duranton, t. 14, n° 187.
Glandaz, n° 100.

591. Il en serait de même alors que la donation du conquêt aurait été faite par le père seul, comme chef de la communauté. Ayant donné à titre d'époux commun, il ne succède qu'à la part à lui afférente comme commun, c'est-à-dire à la moitié.

592. Le droit de retour dont il est parlé dans l'art. 351 du Code civil, et qui est accordé à l'adoptant donateur, est de même nature que le droit de retour qui vient de nous occuper aux numéros précédents. Il est dominé par un mélange de succession qui en forme un titre successif (1).

593. Les successions anticipées et accommodements de famille (2), si fréquents pour assurer la tranquillité des parents et fixer le sort des enfants, sont aussi des titres successifs. Les biens abandonnés dans ces partages sont propres : telle est la disposition de l'art. 1406 ; elle est empruntée à l'ancien droit (3). L'avancement de succession doit nécessairement opérer de la même manière que la succession naturellement ouverte ; il ne fait que la prévenir en l'imitant (4).

594. Mais que dirons-nous des parts de succes-

---

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 462.
(2) Art. 1075 C. civ.
(3) Pothier, n° 130.
(4) *Infrà*, n° 619.

sion qui échoient à un successible par la renonciation de son cohéritier? Ces parts échues sont-elles propres? sont-elles au contraire conquêts?

Pour décider que ce sont des conquêts, on peut dire que si les choses avaient été laissées à leur cours naturel, l'héritier n'aurait pas été appelé à recueillir ces parts; qu'elles ne lui obviennent que par un événement fortuit; que c'est un don du hasard, *donum fortunæ*, etc.

Mais ces raisons examinées de près, ont peu de valeur. La part du renonçant accroît à la part de l'acceptant par la force du titre successif, à cause du sang, à cause de la qualité d'héritier. Sans doute, ce sont des considérations étrangères à l'acceptant, qui déterminent l'autre héritier à renoncer. Mais l'attribution qui est faite à lui, acceptant, n'est pas un effet du hasard. Cette attribution découle de la loi; elle est une conséquence du titre d'héritier, qui s'augmente de tout ce que les autres cohéritiers laissent décroître.

Nous disons donc que lorsque l'un des conjoints à qui une succession immobilière échoit, a un cohéritier qui renonce, l'accroissement qui se fait, par l'effet de la loi, au profit de celui qui ne renonce pas, est un titre successif et forme un propre (1).

595. En sera-t-il de même si l'époux achète la

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 5, n° 6, p. 122. Ferrières sur Paris, art. 220, § 1, n° 19

part de son cohéritier dans des immeubles indivis dépendant de la succession? ne sera-ce pas un acquêt de communauté? non; l'art. 1408 décide qu'en ce cas, l'acquisition ne forme pas un conquêt de communauté; et telle était aussi l'ancienne jurisprudence (1). Nous verrons ce point de droit se dérouler dans le commentaire de l'art. 1408, auquel nous renvoyons (2).

Article 1405.

Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux, ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne contienne expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté.

SOMMAIRE.

596. Des immeubles acquis pendant le mariage par donation. L'article 1405 en fait des propres.
597. Mais les meubles donnés tombent dans la communauté.
598. *Quid* des immeubles donnés avant le mariage ou par contrat de mariage?
599. Ils sont propres.
600. Il en est de même de l'immeuble donné aux époux par contrat de mariage, par un étranger. Il est propre pour moitié.

---

(1) Lebrun, *loc. cit.*
(2) Nos 640 et suiv.

601. Mais l'immeuble donné aux époux par un parent de l'un d'eux, dans le contrat de mariage, est censé propre à l'époux parent du donateur.

602. Il est propre de la femme, alors même qu'il a été donné au mari par les parents de la femme.

603. Mais l'héritage donné à la femme par les parents du mari serait-il propre de la femme?

604. Des donations faites pendant le mariage et de la qualité de *propre* de l'immeuble.

Différence entre le droit nouveau et le droit ancien.

605. Le droit ancien considérait la donation comme source d'acquêts.

606. Il y avait pourtant une distinction entre les immeubles donnés par les ascendants et les immeubles donnés par les collatéraux ou les étrangers. Les immeubles donnés par les ascendants étaient propres, parce qu'on les considérait comme des avancements d'hoirie.

607. Suite.

608. Suite.

609. Suite.

610. Le Code civil a suivi d'autres principes et fait prévaloir d'autres idées sur les donations d'immeubles. Les immeubles donnés sont propres,

611. A moins de clause contraire et que le donateur n'ait exprimé le désir de donner à la communauté.

612. On assimile ici le legs aux donations entre vifs.

613. Des clauses par lesquelles le donateur et le testateur sont censés avoir voulu gratifier la communauté plutôt que l'un des époux

614. Suite.

615. L'article 1405 n'est pas applicable aux choses qui obviennent à un titre qui n'est pas une libéralité. Application de ceci à la collation d'une charge ou d'un office nouvellement créé.

616. Des récompenses rémunératoires

COMMENTAIRE

596. Après avoir parlé dans l'article précédent des immeubles acquis avant le mariage, ou acquis pendant le mariage à titre de succession, le législateur s'occupe dans l'art. 1405 des immeubles acquis pendant le mariage à titre de donation.

Deux observations préliminaires se présentent sur-le-champ à la pensée.

597. La première, c'est que les donations de meubles faites pendant le mariage sont étrangères à la disposition de notre article ; l'art. 1401, § 1er, a déjà réglé leur sort. Nous nous rappelons qu'il les fait entrer dans les effets de communauté (1). L'article 1405 n'a en vue que les donations d'immeubles, et, à la différence des meubles donnés, il exclut de la communauté les immeubles objets de la libéralité.

598. La seconde observation, c'est que l'art. 1405 ne s'occupe que des donations faites pendant le mariage ; il est étranger aux donations faites aux époux avant le mariage et par le contrat de mariage. Ces dernières donations rentrent dans la classe des choses possédées au jour de la célébration du ma-

(1) *Supra*, nos 414 et 415.

riage et gouvernées par l'art. 1404 du Code civil.

Toutefois, pour réunir ici tout ce qui est relatif aux donations d'immeubles, nous dirons quelques mots des effets des donations faites avant le mariage et par contrat de mariage.

599. Évidemment l'immeuble acquis par une donation faite à l'un des époux par le contrat de mariage, est propre au donataire. Quoique le contrat de mariage se réfère au mariage futur qui en est la condition, l'immeuble est censé donné avant la célébration (1) ; il ne saurait profiter à une communauté qui n'existe pas encore. Cette exclusion, du reste, ne lui enlève pas son caractère de donation faite en faveur du mariage. Le mariage y trouve un avantage, car la communauté recueillera les fruits. Et d'ailleurs plus les époux sont riches en propres, plus l'avenir de la famille est assuré.

600. Si un étranger donne un immeuble aux futurs conjoints dans leur contrat de mariage, il n'entrera pas dans la communauté, car la communauté n'existe pas encore ; elle ne profite pas des immeubles dont le titre est antérieur à son existence. Mais la moitié de l'immeuble donné sera propre à

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 5, n° 2, p. 66.
D'Argentré, art. 433, glose 2, n° 8.
Pothier, *Communauté*, n°s 159 et 170.
Orléans, art. 211.
Renusson, *des Propres*, chap. 4, sect. 1, n° 4.

chacun des époux (1). On conçoit la différence de ces deux situations, soit qu'il s'agisse des droits du mari sur les conquêts, soit qu'il s'agisse de la renonciation de la femme à la communauté (2).

601. Il en est autrement quand la donation est faite aux deux conjoints par un parent de l'un d'eux : alors l'immeuble est censé propre de l'époux parent du donateur, à moins qu'une clause bien claire ne fasse entendre que le donateur a entendu gratifier l'un et l'autre époux et non un seul, auquel cas l'immeuble est propre par moitié à chacun. C'est ce qu'enseigne Dumoulin (3) : *Id est directè et explicitè : aliàs in dubio præsumitur datum soli parti conjunctæ, ut dixi in Consuet. Paris*, § 55. Quelle est la raison de cette décision, qui paraît singulière au premier coup d'œil? c'est que bien que le donateur ait confondu le nom des deux époux, par un heureux présage de leur union et en vue de leur communauté d'intérêts, cependant son affection n'a pas été pareille; elle a fait une distinction naturellement indiquée par le sang. Il a adressé à tous deux une formule qui les intéressait l'un et l'autre ; mais sa donation ne saurait être égale, et l'inclination de la parenté a conservé toute sa préférence : telle était

(1) L. 9, § 13, et l. 10 et 11, D., *De hæred. instit.* Lebrun, *loc. cit.*, n° 4, p. 67

(2) *Infrà*, n° 614.

(3) Sur Troyes, art. 141.

Renusson n'est pas très-porte à cette opinion, *loc. cit.*, n° 7.

la disposition de la coutume d'Anjou (1), de la coutume de Blois (2), de la coutume du Maine (3). Écoutons la coutume d'Anjou : « Donation faite en » faveur du mariage d'héritier ou héritière présomp- » tive du donateur ou donneresse, soit héritier pré- » somptif en tout ou en partie, supposé qu'elle soit » faite aux deux conjoints, ou celui d'eux qui n'est » héritier ni héritière présomptifs du donateur ou » donneresse, est veu être faite en faveur dudit pa- » rent ou parente du donateur. Et est réputé icelui » don avancement d'hoirie, et le propre patrimoine » et héritage desdits parents ou parentes, mouvant » de sa ligne et côté en la ligne desdits donneur » ou donneresse.... Autre chose serait quand icelui » don aurait été fait en faveur dudit mariage par » un étranger, auquel lesdits conjoints ou l'un » d'eux ne pourraient succéder, ou par autres dont » l'un d'iceux conjoints ne fût héritier présomptif » ou lignager ; car en celui cas, le don appartient à » celui d'eux à qui il est expressément fait, ou à » tous lesdits conjoints si à tous deux est donné. »

On le voit donc, dans le dernier cas posé dans ce numéro, l'héritage reste propre à l'époux uni au donateur par les liens du sang; l'autre n'en profite que pour la jouissance.

602. Il est même certain qne si la donation est

---

(1) Art. 333.
(2) Art. 172.
(3) Art. 345.

faite au mari par les parents de la future épouse, elle est censée ne lui être faite que pour sa femme (1), et l'immeuble est propre de celle-ci (2). On vient de voir là-dessus la décision de la coutume d'Anjou. On suppose que le mari n'a été nommé que parce qu'il représente sa femme, qu'il gère et défend ses intérêts (3), et que pendant le mariage la jouissance de la chose lui appartient : tout cela, sauf la preuve contraire.

603. Mais l'héritage donné à la femme par les parents du mari, sera-t-il propre du mari ? il n'y a pas d'aussi bonnes raisons que dans le cas précédent pour le décider ainsi : la femme n'a pas de qualité pour recevoir pour son mari ; rien en elle n'explique pour quel motif les parents ont voulu gratifier le mari dans sa personne. Pourquoi la famille du mari n'aurait-elle pas jugé à propos d'obtenir l'alliance de la femme par un don honorable, témoignage d'affection ? On consul-

---

(1) Arg. de ce que dit Papinien, l. 71, § 3, D., *De cond. et demonst.*
Et Ulp., l. 10, § 6, D., *De vulg. et pupill. subst.*

(2) Dumoulin sur Paris, art. 55, glose 1, n°s 100 et 101.
Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 5, n° 7, p. 67 et 68.
Renusson, *Communauté*, part. 1, chap. 3, n° 26, et *des Propres*, chap. 4, sect. 1, n° 7.
Pothier, *Communauté*, n° 170.
M. Tessier, *de la Dot*, t. 1, p. 146, note 262.

(3) Cas analogue, *infrà*, n° 645.

tera donc les circonstances, et l'on ne donnera pas un aussi grand empire que dans le cas précédent, aux présomptions de Dumoulin. Lui-même a gardé le silence sur ce cas; et quoique beaucoup d'auteurs aient été plus loin que lui, quoique Bartole (1), Duval (2), Bacquet (3), Pontanus (4), aient pensé qu'il ne fallait pas distinguer, quoique la coutume du Maine ne distingue pas non plus (5), j'aimerais mieux dire que l'héritage est propre de la femme, à moins que quelque circonstance n'indique le contraire (6).

604. En voilà assez sur les donations dont le titre est antérieur à la célébration du mariage.

Arrivons aux donations d'immeubles faites pendant le mariage.

Il existe sur ce point une grande différence entre le droit ancien et le Code civil.

D'après notre article, la donation faite à un époux, pendant le mariage, forme des propres, à moins que le donateur n'ait expressément déclaré qu'il a voulu donner à la communauté; c'est absolument l'in-

---

(1) Sur les lois précitées.
(2) *De rebus dubiis*, 13, p. 174.
(3) *Droits de justice*, chap. 21, n° 63.
(4) Sur Blois, art. 172.
(5) Art. 345.
(6) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 5, n°s 8 et 9, p. 68. Pothier, *loc. cit.*

Sur tout cela, voyez M. Toullier, t. 12, n° 137, et MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 470.

verse des donations de meubles, dont l'émolument tombe dans la communauté, à moins que le donateur n'ait déclaré qu'il entendait que les objets donnés restent propres (art. 1401).

605. En était-il de même dans le droit ancien? nullement (1). L'ancien droit considérait, en général, la donation comme un moyen d'acquérir, comme une source d'acquêts (2). Il ne prenait pas le mot *acquêts* dans le sens restreint de biens *quæ ex solertiâ, operâ, aut industriâ alicujus fiunt* (3); il lui donnait un sens large, et l'on disait proverbialement « qu'il n'y a si bel acquêt que de don (4). » La donation apparaissait comme un accident de la fortune, comme un avantage fortuit, comme une gratification personnelle qui devait profiter à une société où les conjoints avaient mis en commun leurs personnes et leurs biens. Voulez-vous que la donation soit faite à cause du mérite de l'un des époux, *ob meritum aliquod*, comme dit Ulpien (5)? Eh bien! ce mérite est une des sources qui alimentent la communauté, et ce qu'il procure à l'un des époux doit profiter à tous deux.

(1) *Suprà*, n° 536.
(2) Ferrières sur Paris, art. 246, n° 2.
Pasquier, que j'ai cité au n° 536.
(3) Paul, l. *quæstus*, 8, D., *Pro socio*.
(4) Henrys, t. 4, liv. 2. chap. 7.
(5) L. 9. D., *Pro socio*.

606. Cependant cette règle qui donnait à la donation la qualité d'acquêt, n'était pas sans exception, et l'on faisait dans les donations d'immeubles une distinction capitale entre les immeubles donnés par les ascendants et les immeubles donnés par les collatéraux ou les étrangers. Les immeubles donnés par les ascendants étaient exclus, de droit, de la communauté : on les considérait comme des avancements d'hoirie ; ils étaient propres, d'après le principe que de tout ce qui advenait aux époux pendant le mariage, il n'y avait que la succession qui restât en dehors de la communauté. L'avancement d'hoirie n'était qu'une succession anticipée (1). Quant aux autres donations d'immeubles faites pendant le mariage, purement et simplement, elles étaient conquêt de communauté (2). On avait longtemps hésité avant d'arriver à ce résultat; quelques coutumes voulaient que si la donation était faite à un héritier présomptif, elle fût propre (3). Là-dessus les auteurs avaient fait des distinctions afin de trouver dans la succession collatérale quelque chose qui ressemblât à l'avancement d'hoirie, et donnât à la donation, suivant les cas, la nature de propre.

---

(1) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dist. 4, nos 3 et suiv.

(2) Paris, art. 246.
Henrys, n° 4, chap. 6, quest. 94.

(3) Vitry, art. 116.
Maine, art. 507.
Bourbonnais, art. 274 et 283.

Mais le dernier état de la jurisprudence était que toute donation faisait un conquêt, excepté en ligne directe descendante (1).

607. On reconnaissait cependant que le donateur était maître de ne donner qu'à la condition que l'immeuble serait propre (2). « Nihil enim æquiùs » est, quàm voluntatem domini, rem suam sub certâ » lege alienantis, ratam haberi (3). »

608. Ajoutons enfin que comme cette attribution des choses données à la communauté avait des inconvénients, il était de style dans la plupart des contrats de mariage passés à Paris, de faire fléchir la coutume en stipulant que tout ce qui écherrait et adviendrait aux époux, pendant le mariage, par succession ou donation, leur demeurerait propre (4).

609. Tel était l'ancien droit français ; il s'écartait des notions que le droit romain lui avait trans-

(1) Lebrun, *loc. cit.*, n° 14.
Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 8.
(2) Arg. de la loi 65, D., *De jure dotium.*
L. 3, C., *De donat. quæ sub modo.*
D'Argentré sur Bretagne, art. 418, glose 1.
Paris, art. 246.
Troyes, art. 141.
(3) L. ult., C., *De pactis inter emptor. et venditor. comp.*
Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 8, n° 13.
(4) Bretonnier sur Henrys, liv. 4, chap. 6, quest. 94.

mises. On sait, en effet, que quand la société était de tous gains, les donations faites pendant la société n'entraient pas dans l'actif social (1). Que si la société était universelle et générale, les donations y étaient comprises (2). Par là on voit que l'ancienne jurisprudence française n'avait entièrement adopté aucun de ces deux systèmes, et qu'elle s'était placée à un point de vue spécial : elle traitait comme propres les biens donnés aux descendants ; et quant aux immeubles acquis par donation par des collatéraux, elle en faisait des conquêts que l'on appelait quelquefois *acquêts de bienfait,* pour les distinguer des acquêts proprement dits, qu'on nommait *acquêts de peine* (3).

610. Le Code a suivi d'autres idées qui semblent meilleures et plus conformes au vœu des populations chez lesquelles fleurit le régime de la communauté. Et, en effet, les clauses de style dont nous avons parlé au n° 608, étaient un avertissement pour le législateur ; il en a tenu compte ; la coutume l'a éloigné de la coutume. Il lui a semblé, d'ailleurs, qu'une donation d'immeubles faite à un seul des

---

(1) Mon comm. *de la Société,* t. 1, n° 286.

(2) *Id.,* n° 260.
Henrys, *loc. cit.*

(3) Lebrun, liv. 1, chap. 5, n° 3.
Henrys, t. 4, liv. 2, chap. 7. n° 4.
Suprà, n° 487.

conjoints, renferme en elle la pensée que l'autre époux n'en doit pas profiter. Car les immeubles ne se communiquent pas facilement ; l'esprit de conservation dans la famille est censé animer et celui qui les donne et celui qui les reçoit.

611. Toutefois, cette présomption de propre cesse, si le donateur a exprimé la volonté de donner à la communauté. C'est le cas de répéter cette règle dont l'ancienne jurisprudence se prévalait dans un cas inverse : « *Nihil æquiùs est, quàm voluntatem domini,* » *rem suam sub certâ lege alienantis, ratam ha-* » *beri* (1). »

612. Ce que nous venons de dire de la donation, s'applique au legs. Il importe peu que la chose soit donnée entre vifs ou à cause de mort. Quelle que soit la libéralité, il est de principe dans notre jurisprudence moderne, qu'elle fait des propres, à moins d'une volonté contraire exprimée.

613. Mais dans quel cas le donateur et le testateur sont-ils présumés avoir voulu exprimer la volonté de gratifier la communauté ? Ici quelques difficultés s'élèvent parmi les interprètes de l'art. 1405 du Code civil. On n'est pas d'accord sur le sens de certaines clauses. Essayons de fixer nos idées à cet égard.

---

(1) *Suprà*, n° 607.

D'abord, pour simplifier la thèse, écartons le cas où le donateur faisant une donation conjointement aux deux époux, aurait déclaré que cette donation est faite pour moitié à chacun des époux. Il est clair, alors, que le donateur a voulu que chacun des époux reçût cette moitié à titre de propre; il y a donation distincte à chaque époux, et par conséquent, assignation et attribution de propre à chacun d'eux (1). Tous les auteurs sont d'accord à cet égard (2).

614. Mais voici où commence la difficulté.

Si un immeuble est donné, sans autre explication, aux deux époux, s'ensuit-il qu'il tombe dans la communauté, ou bien est-il propre, pour moitié, à chacun des époux? Les uns prétendent que l'immeuble ainsi donné est un conquêt (3); ils trouvent dans l'art. 1405 du Code civil un argument *à contrario* qui leur paraît décisif. Les autres, au contraire, soutiennent que l'immeuble est propre, pour moitié, à chacun des conjoints (4). Je préfère cette dernière opinion; elle

---

(1) Arg. de ce que dit Pothier, n° 173.
(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 471.
(3) MM. Toullier, t. 12, n° 135.
Zachariæ, t. 3, p. 417, note 26.
Odier, t. 1, n° 125.
(4) Toulouse, 23 août 1827 (Dalloz, 28, 2, 172).
MM. Delvincourt, t. 3, p. 19, note 4.
Dalloz, t. 10, p. 194, n° 53.
Duranton, t. 14, n° 189.
Rodière et Pont, t. 1, n° 471.

rentre dans un système d'interprétation plus favorable; elle correspond mieux à la pensée probable du donateur.

Songeons d'abord aux inconvénients qu'il y aurait à faire tomber la chose dans la communauté. Si l'immeuble est commun, le mari en est seigneur et maître; il peut l'aliéner, le faire disparaître, le dissiper au préjudice de la femme. Ce n'est pas tout : si la communauté est mauvaise et que la femme soit obligée de renoncer, elle perd tout droit à la donation : le mari reste seul propriétaire de la chose. Est-ce là ce qu'a voulu le donateur? et pour supposer que telle a été sa pensée, ne faudrait-il pas quelque chose de plus formel, de plus précis, de plus décisif?

On parle du texte de l'art. 1405, et on en tire un argument *à contrario* favorable au système du conquêt. Mais c'est précisément le texte de l'art. 1405 qui me décide à me prononcer pour le propre; car l'art. 1405 exige positivement, pour faire disparaître la qualité de propre, que le don soit fait à la communauté. Or, ici il n'est pas fait à la communauté. Donner aux époux, ce n'est pas donner à la communauté; la communauté est un être moral qui se distingue des deux époux (1). J'exige donc quelque chose de plus, pour qu'on puisse dire que la donation est faite à la communauté; car, en prenant le sens naturel et ordinaire des mots, qu'y a-t-il là,

---

(1) *Suprà*, nos 306 et suiv.

sinon une donation d'un tout, faite à deux personnes, pour moitié? « *Atitius fundi Corneliani hæres esto,* » *duo Titii illius insulæ hæres sunto.* Habebunt duo » Titii semissem, Atitius semissem ; idque Proculo » placet (1). » Et puisque l'immeuble est échu à chacun des époux à titre de donation pour la moitié, il est propre d'après la disposition finale de l'art. 1402 du Code civil. Il n'y a, par conséquent, pas de différence entre la donation faite aux deux époux par contrat de mariage (2) et celle qui est faite aux deux époux pendant le mariage. La première n'entre pas en communauté parce que le donateur n'est pas censé avoir voulu gratifier une communauté qui n'existe pas encore; la seconde n'y entre pas davantage parce que, bien que la communauté existe, aucune volonté ne s'est manifestée de la part du donateur pour la gratifier précisément.

Mais, ajoute-t-on, pourquoi donc l'art. 1405 ne parle-t-il que de la donation faite à l'un des conjoints quand il lui attribue le caractère de propre? N'est-ce pas dire implicitement, mais nécessairement, que la chose est commune quand elle est donnée aux deux époux?

Non, sans doute! l'art. 1405 n'a pas eu le moins du monde cette intention. Savez-vous quel est le sens de sa rédaction? il a voulu tout simplement prendre le contre-pied de l'art. 246 de la coutume de

---

(1) Javolenus, liv. 11, D., *De Hæred. instit.*

(2) *Suprà*, n° 600.

Paris; et comme cet article disait que la *chose donnée simplement à l'un des conjoints est commune*, l'art. 1405, pour consacrer un système inverse, a renversé la formule légale en disant que l'immeuble donné à l'un des époux pendant le mariage ne tombe pas en communauté.

615. Maintenant insistons sur un point capital : c'est que l'art. 1405 n'est applicable que dans le cas où l'acte présente véritablement le caractère de donation proprement dite. Mais il ne saurait s'appliquer aux choses qui obviennent à un titre qui n'est pas une libéralité.

C'est pourquoi dans l'ancienne jurisprudence, où les offices vénaux étaient immeubles, on ne considérait pas comme donation, la nomination faite par le prince à un office vénal. Ainsi, une charge nouvelle étant créée et le roi y ayant nommé N***, cet office entrait dans la communauté; ce n'était pas une donation. Le roi nomme l'officier à cause de son aptitude et dans la pensée qu'il rendra de bons offices. C'est un conquêt (1).

Cette question avait cependant été fortement controversée avant que les opinions se fussent fixées en ce sens. Loyseau, après avoir déclaré que ce point de droit était problématique, décidait que, dans le

---

(1) *Suprà*, n° 537.
Legrand sur Troyes, art. 141, glose 5, n° 4.

doute, l'office appartenait au mari seul (1). Bacquet au contraire voulait que la chose tombât en communauté à titre de conquêt fait pendant le mariage (2), et c'était l'opinion de Lebrun (3) et de Ferrières (4). Il est évident, en effet, que la collation dont il s'agit, n'est pas une donation; elle est conférée à l'officier en vue des services qu'il rendra, et à cause de son aptitude, laquelle appartient à la communauté; c'est une échute qu'il ne faut pas confondre avec une donation. L'art. 1402 du Code civil veut qu'à l'inverse de la présomption de Loyseau, on tienne l'immeuble pour conquêt.

616. Par là nous résolvons la question de savoir si les récompenses rémunératoires qui attribuent un immeuble à l'un des conjoints, sont des conquêts ou des propres.

Par exemple, un don d'immeubles est accordé par l'État pour services éminents rendus au pays; on en a vu des exemples dans l'histoire de la grande armée impériale, ou dans les dons de terre faits aux vétérans dans l'empire romain : faut-il appliquer ici la disposition de l'art. 1405?

---

(1) *Des Offices*, liv. 3, chap. 9, n° 66.
Arg. des lois *Denique*, § *Si quid minorib.*, D., *De minorib. et cum multa*, C., *De bonis quæ liber.*

(2) *Droits de Justice*, chap. 21, n° 56.

(3) P. 119.

(4) Sur Paris, art. 246, n° 6.

La raison de décider est que, comme le disait Dumoulin (1), et après lui Lebrun (2), ces services mêmes rendus par le conjoint pendant le mariage sont des conquêts de communauté, que par conséquent il faut considérer comme étant de même nature la récompense qu'il en reçoit (3).

617. On agitait autrefois une question qui n'était pas sans gravité : elle consistait à savoir si la décharge gratuite donnée par le créancier d'une rente propre à l'un des conjoints, était une donation qui dût profiter à la communauté. Par exemple : Pierre doit une rente dont le sort principal est de 18000 livres et qui a été constituée avant le mariage. François, frère de Pierre, déclare par son testament qu'il décharge ledit Pierre de cette rente ; François décède pendant le mariage ; puis Pierre décède à son tour, et sa veuve prétend que la décharge de 18000 livres est une libéralité faite pendant le mariage et dont elle doit profiter comme commune. Duplessis et Ferrières décident contre la veuve qu'il n'y a pas ici de conquêt, que rien n'a été acquis, que seulement il y a eu décharge et libération, qu'ainsi rien n'était à communiquer (4).

Aujourd'hui cette question est oiseuse, car en sup-

---

(1) Sur Paris, art. 110, n° 2.
(2) Liv. 1, chap. 5, dist. 4, n° 29, p. 118.
(3) *Suprà*, n° 537.
(4) Sur Paris, art. 246, n° 7.

posant que la libération de François fût une vraie donation, elle ne ferait qu'un propre.

618. Il y a quelquefois entre parents des arrangements ou abandons, soit pour s'acquitter de certaines dettes, soit pour anticiper l'heure de la succession : l'art. 1406 s'en occupe ; il fait suite à notre sujet ; nous allons en montrer l'esprit et la portée.

Ariclte 1406.

L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère, ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre pas en communauté, sauf récompense ou indemnité.

SOMMAIRE.

619. Les anticipations de succession font des propres.
620. Suite.
621. Suite.
622. Elles font des propres, alors même qu'il y aurait des circonstances qui les feraient rentrer dans la classe des contrats onéreux à cause des charges dont elles sont accompagnées.
623. Premier cas. Abandon du père à son fils pour le payer de ce qu'il lui doit.
624. Suite.

COMMENTAIRE.

619. Nous avons vu que la succession immobilière ouverte pendant le mariage, forme toujours des propres (1); nous avons vu également que la donation d'immeubles faite à l'un des époux pendant le mariage, ne produit que des propres et non des conquêts (2) : il suit de là que les donations faites en

(1) *Suprà*, nos 581 et suiv.
(2) *Suprà*, n° 604.

avancement d'hoirie par les ascendants à leurs descendants, constituent éminemment des immeubles propres; car ces arrangements de famille ont tout à la fois le caractère de donation et le caractère de titre successif (1). Le père ne fait que se dépouiller, par anticipation, de choses qui appartiennent en quelque manière à ses enfants, *si non actu, saltem habitu;* car les enfants sont, à un certain point de vue, considérés comme *quasi domini* des biens de leurs père et mère (2). Ils ont une sorte de copropriété à laquelle la législation de tous les temps a rendu hommage, et dont on ne remarque l'oubli que dans les théoriciens à la manière de Mably, ou dans les lois fiscales sur *les successions*. C'est ce que notre article décide expressément, et ce qui était consacré dans l'ancienne jurisprudence (3), laquelle n'admettait pas de différence entre l'immeuble échu par succession, et l'héritage donné *in anticipationem successionis.*

620. Ce caractère de propre suit la chose quand même l'enfant donataire aurait renoncé; car l'im-

---

(1) *Suprà*, n° 593.

(2) Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 6, n° 2.

(3) Paris, art. 278.
Troyes, art. 141.
Maine, art. 345.
Anjou, art. 233.
Pothier, n° 150.
Legrand sur Troyes, art. 141, glose 3.

meuble ne lui a pas moins été donné à titre successif, et il lui tient lieu de succession (1).

621. Si l'immeuble donné excède de beaucoup la part héréditaire de l'enfant donataire, cet immeuble ne laisse pas que d'être propre pour le tout : en effet, il est le fruit d'une donation ; il est un avancement de succession ; il est un avantage (2). La coutume de Paris disait (3) : « Meubles ou immeubles donnés » par père ou mère à leurs enfants, sont réputés « donnés en avancement d'hoirie. »

622. Il y a plus : l'immeuble abandonné par l'ascendant à son descendant, reste propre, alors même qu'il serait cédé dans certaines circonstances qui sembleraient faire rentrer l'acte dans la classe des contrats onéreux.

Ces circonstances sont au nombre de deux : la première a lieu quand l'abandon est fait pour remplir le descendant de ce que son auteur lui doit ; la seconde, quand l'abandon a pour condition de payer les dettes du donateur envers les tiers (4).

623. Voyons le premier cas. Si le père abandonne un immeuble à son fils pour le remplir de ce qu'il

---

(1) Pothier, n° 131.
(2) *Id.*, n° 132.
(3) Art. 278.
V. aussi art. 26.
(4) MM. Odier, t. 1, n° 121.
Rodière et Pont, t. 1, n° 463.

lui doit, bien que ce soit là une dation en payement, et que la *datio in solutum* ait nature de vente et non nature de donation, cependant, à raison de la qualité des personnes, on suppose que cet abandonnement a été fait dans un esprit d'arrangement de famille, qu'il a été influencé par les rapports du sang, par la qualité d'héritier présomptif, et qu'il est un avancement d'hoirie : l'immeuble est propre.

624. Ainsi, par exemple, un père cède à son fils un immeuble pour le remplir d'un compte de tutelle qu'il lui doit ; d'après notre article, comme d'après l'ancienne jurisprudence, cet immeuble est propre et non pas conquêt (1). Au premier coup d'œil on serait tenté de dire qu'il y a là-dedans quelque chose de forcé ; mais si on y réfléchit, on voit bientôt que ce jugement est trop sévère : le père fait d'avance succéder son fils à cet héritage, aux mêmes conditions qu'il y aurait succédé après sa mort ; car il n'aurait pu succéder à son père, qu'à la charge d'acquitter la dette de celui-ci envers lui-même (2).

625. A plus forte raison l'immeuble sera-t-il propre s'il est payé en extinction de la dette d'une somme d'argent promise par le père au fils à titre de dot.

---

(1) Pothier, coutume d'Orléans, *Introd. générale*, n° 68.
(2) Arrêt du 12 mai 1631.
Journal des Audiences, t. 1.

Par exemple, un père a promis purement et simplement 20,000 francs à son fils pour le doter ; il le paye avec un immeuble pendant le mariage : cet immeuble reçu *in solutum*, ne sera pas un acquêt de communauté ; il sera un propre.

Cependant Lebrun conteste cette solution (1), et l'on peut dire, en faveur de son système, que la communauté avait un droit acquis par le contrat de mariage ; que c'est avec des deniers à elle appartenant que cet immeuble a été acheté ; qu'autrement il y aurait acte frustratoire pour l'autre époux, surtout si cet autre époux est la femme de celui à qui la promesse a été faite : car elle ne signe pas la quittance de ce qui a été promis à son mari et n'y peut faire de protestation.

Mais, en faveur du propre, on répond que le père avait fait, par le contrat de mariage, plutôt une promesse qu'une donation ; que souvent les pères s'engagent à plus qu'ils ne peuvent tenir ; qu'il est censé n'avoir voulu constituer la dot qu'en la valeur payée ; que ce n'est pas une vente qu'il a faite, mais une dot qu'il a acquittée ; *non simplex venditio, sed dotis causâ* (2) ; qu'il n'est pas censé avoir vendu l'héritage pour la somme due ; qu'il n'a fait qu'exécuter la promesse de donation, non pas à la vérité *in re ipsâ promissâ*, mais *in re diversâ*, à quoi le fils a consenti en faisant une sorte de novation ; que dès lors

(1) P. 96, n° 72.
(2) L. 16, D., *De jure dotium*.

c'est moins une dation en payement proprement dite qui a été faite, qu'un avancement de succession et une libéralité réalisée en la manière qui a été possible au père de famille (1) ; que les parties ont renoncé à la donation d'une somme d'argent, pour mettre à la place une donation d'immeubles. Car, pour me servir des paroles de Dumoulin (2) : *Ibi datio in solutum, re integrâ, destruit et distrahit præcedentem contractum, et unicum tantùm contractum relinquit.* Nous disons donc que l'immeuble est propre (3).

626. Ceci, au surplus, n'est pas en contradiction avec les idées consacrées par l'article 1553 du Code civil, d'après lequel l'immeuble donné en payement de la dot, n'est pas dotal. Que fait cet article ? il refuse la subrogation dotale à un immeuble donné en payement de la dot. Que fait à son tour notre article ? il refuse la subrogation de la chose donnée en payement, à la chose promise. La chose promise étant commune, l'article 1406 veut que la chose payée soit propre Les articles 1553 et 1406 semblent donc avoir un point de contact, plutôt qu'un principe d'opposition.

Mais ils diffèrent en ceci :

---

(1) Pothier, *Communauté*, n° 136,
Et sur Orléans (*Introduction générale*), n° 68.

(2) Sur Paris, § 33, glose 1, n° 28.
Paris, art. 26.

(3) Cassat. 3 juillet 1844 (Devill., 44, 1, 673).

C'est que dans l'art. 1406, le législateur s'appuie sur la volonté présumée des parties (volonté postérieure au contrat de mariage) pour rejeter dans la classe des propres une chose qui prend la place de ce qui devait tomber dans la communauté; tandis que dans l'art. 1553, le législateur refuse de prendre en considération la volonté des parties postérieure au mariage, pour imprimer à la chose donnée en payement le caractère dotal qu'avait l'argent promis. La raison de cette différence secondaire se tire du caractère de la dot. La dotalité est une situation exceptionnelle et anormale, qui ne peut frapper les biens qu'autant qu'à l'origine ils ont reçu l'impression du pacte dotal (1). Tout est de droit étroit en cette matière, tout se prend à la rigueur, parce que la liberté est gênée et compromise par le régime dotal. Il en est autrement dans le régime de la communauté, et la qualité de propre, si favorable, si nécessaire à conserver dans l'intérêt des familles, se juge à un autre point de vue. On interprète les positions avec moins de rigueur parce qu'on y trouve moins d'anomalies et de contrariétés pour le commerce; on recherche loyalement quelle a pu être l'intention des parties et l'origine de l'acquisition; et comme on trouve à cette acquisition un mélange de succession (c'est ici le point décisif), on n'hésite pas à préférer le propre au conquêt.

---

(1) Art 1541.

627. C'est pourquoi on ne saurait assez s'étonner de l'erreur de ceux qui s'appuyant sur l'art. 1553 du Code civil, ont voulu en tirer un argument pour faire décider que l'art. 1406 n'est pas applicable au cas où la dation de l'immeuble a lieu pour acquitter une dot promise en argent (1). L'art. 1406 est général, il ne comporte pas d'exception ; il n'en reçoit pas surtout de l'art. 1553, qui appartient à un tout autre ordre d'idées.

628. Que si l'acte intervenu entre l'ascendant et le descendant n'avait pas le caractère d'accommodement de famille ; si c'était un pur acte de commerce comme il en intervient entre étrangers ; si, par exemple, il n'était tout simplement qu'une vente ; alors l'immeuble serait conquêt tout aussi bien que si le fils l'avait acheté d'une personne tierce non parente (2). L'art. 1406 ne doit pas être étendu hors de son cas spécial. L'abandon n'est réputé titre successif qu'autant que l'ascendant le fait pour s'acquitter d'une dette antérieure, et que lorsqu'il existe une cause antérieure ayant donné lieu au pacte.

629. Arrivons au deuxième cas prévu par notre article, où l'abandon prend le caractère d'accommodement de famille. C'est celui où l'ascendant

---

(1) V. la discussion dans l'arrêt précité du 3 juillet 1844 (Devill., 44, 1, 673).

(2) Pothier sur Orléans, *Introd. générale*, n° 68. Nouveau Denizart, v° *Acquêt*, § 4.

cède ses biens, ou partie de ses biens, à l'un des époux pendant le mariage, à la charge de payer les dettes que le donateur a envers des étrangers (1). Bien qu'une telle donation soit une donation onéreuse, néanmoins elle est réputée anticipation de succession. Le père fait d'avance succéder son fils à son héritage, aux mêmes conditions qu'il y aurait succédé après sa mort ; car il n'aurait pu succéder qu'à la charge de payer les dettes.

630. Observons que dans tous les cas prévus par l'art. 1406, l'immeuble n'est propre que sous l'obligation de récompenser la communauté, s'il y a lieu (2).

631. Enfin, on remarquera que l'art. 1406 n'est fait que pour les cas d'avancement d'hoirie, et autres que le même article met sur la même ligne ; que dès lors il ne s'applique pas aux situations dans lesquelles l'avancement d'hoirie n'est pas possible. L'art. 1406 est donc étranger à toutes les cessions onéreuses qui ne se font pas d'ascendant à descendant. En effet, ce sont seulement les cessions de l'ascendant au descendant qui ont le caractère du titre successif; car « *non tàm ex meritis, quàm ex jure naturæ, factæ videntur.* » C'est d'elles seulement qu'on peut dire que la donation acquitte une dette

(1) Pothier, n° 139,
Et sur Orléans, *Introd. générale,* n° 68.

(2) Pothier, *loc. cit.*

naturelle envers ceux qui, à raison de la filiation, sont *quasi domini*. Quant aux dations en payement faites par d'autres parents, elles ne procurent que des acquêts ; il en est de même de leurs abandonnements faits à charge de payer les dettes. Ces actes sont des transactions ordinaires, qui ne puisent dans aucune disposition exceptionnelle, ni dans aucune raison particulière, une situation de faveur : ils resteront donc actes à titre onéreux toutes les fois qu'ils auront en réalité ce caractère. Ils ne seront envisagés comme donations qu'autant que, d'après les faits, ils renfermeront de véritables libéralités ou des avantages incontestables.

Article 1407.

L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux, n'entre point en communauté, et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte.

SOMMAIRE.

632. Continuation de l'énumération des propres. De l'immeuble acquis pendant le mariage en échange d'un propre. L'échange opère subrogation.

633. Cette subrogation a lieu de plein droit.

Différence entre l'immeuble acquis par échange et l'immeuble acheté avec le prix d'un propre sans déclaration de subrogation.

Erreur de Voet et de M. Merlin, qui n'ont pas aperçu cette différence.

634. Preuve donnée pour la justifier.
635. De la soulte donnée au mari propriétaire du propre échangé, pour parfaire l'échange.
636. De la soulte reçue par lui.
637. Suite.
638. Du meuble acquis en échange d'un immeuble propre. Ce meuble est-il propre? Renvoi à l'article 1433.
639. Si la femme peut consentir que l'immeuble échangé ne lui soit pas propre, sauf indemnité pour remploi du propre aliéné.

COMMENTAIRE.

632. Nous allons continuer à nous occuper de l'énumération des propres, et nous voici arrivé avec l'art. 1407 à l'immeuble acquis par voie d'échange d'un immeuble propre.

En matière de communauté, l'échange opère une subrogation de chose. « *Ex permutatione*, dit d'Argentré, *non fieri acquestum, sed rem quæ ex permutatione capitur, per subrogationem ingredi et subire naturam rei datæ* (1). » C'est ce que décidait la coutume de Paris (2), dont la disposition avait été trouvée si sage qu'elle formait le droit commun dans les coutumes

(1) Sur Bretagne, art. 418, glose 2, n° 1.
Pothier, n° 197.
M. Tessier, n° 44, et *Société*, n° 50.
(2) Art. 143,
Et Delaurière sur cet article.

muettes (1). D'autres coutumes avaient également consacré d'une manière expresse le caractère subrogatoire de l'échange (2), et notre droit coutumier ne présentait là-dessus aucune ambiguïté (3).

633. Et notez bien que cette subrogation avait lieu de plein droit. C'est en quoi notre ancien droit différait des principes du droit romain, d'après lequel on ne faisait pas de différence entre l'immeuble acquis par vente et l'immeuble acquis par échange (4). M. Merlin (5), et plus anciennement Voet (6), ont pensé que notre droit coutumier avait obéi à des erreurs de pratique ; ils veulent que, dans la pureté des principes, l'échange ne fasse que des acquêts, à moins que les parties ne déclarent expressément vouloir opérer une subrogation. Ils ne comprennent pas qu'on mette une différence entre l'immeuble échangé contre un propre, et l'immeuble acheté sans déclaration de subrogation avec des deniers provenant de la vente d'un propre. Quoi ! disent-ils, le premier immeuble sera propre, et le second sera con-

---

(1) Renusson, *des Propres*, chap. 1, sect. 10, n° 4.

(2) Bourbonnais, art. 238,
Et autres citées par Merlin, Rép., v° *Subrogation*, sect. 2, § 2.

(3) Lebrun, liv. 1, chap. 5, dest. 3, n° 8, p. 108, 109 ; et p. 292, n° 3.

(4) Voet, *De pactis dotalib.*, n° 35.

(5) Répert., v° *Subrogation*, sect. 2, § 2.

(6) *Loc. cit.*

quet! Comment peut-on raisonnablement expliquer cette double situation? Et si la déclaration des parties est nécessaire dans le second cas pour qu'il y ait remploi, pourquoi donc ne l'exige-t-on pas dans le premier pour qu'il y ait subrogation?

634. Nous pensons, pour notre compte, que le Code civil a bien fait de se ranger à la jurisprudence coutumière. Il est évident que le but de celui qui échange n'est pas d'aliéner, mais d'opérer un remplacement. Le fait même signale hautement la volonté du propriétaire, volonté implicite sans doute, mais éclatante et trop positive pour avoir besoin d'être exprimée. Si une déclaration est exigée alors que l'immeuble propre étant vendu, on en achète un autre avec les deniers en provenant, c'est parce qu'il faut qu'on soit bien sûr que c'est cet immeuble acheté, et non pas un autre qu'on pourrait acheter plus tard, qui prend la place de l'immeuble aliéné; c'est parce qu'il fallait éviter des fraudes faciles à pratiquer pendant le passage des deniers dans la communauté (1). Ici, rien de pareil n'est nécessaire, rien de pareil n'est à craindre. C'est un corps immobilier qui prend la place d'un corps immobilier. La subrogation s'opère naturellement, d'elle-même, par la force des choses, par le fait même de l'échange.

---

(1) V. ce que je dis art. 1434, 1435, nos 1108 et suiv., et surtout 1115.

Le fait exprime la volonté dont il émane, avec autant de certitude que si cette volonté était déclarée.

635. Si l'échange est fait avec une soulte payée au mari, comme propriétaire du propre, il lui en est dû récompense (1). La soulte en deniers ne doit pas se perdre dans la communauté.

636. Si, au contraire, c'est le mari qui paye une soulte, parce que l'héritage qu'il reçoit est plus considérable que celui qu'il a donné, il devra récompense pour cette soulte à la communauté ; car elle a été payée avec les deniers de la communauté (2). Du reste, l'héritage reçu n'est pas conquêt à proportion de ce qu'il excède le propre aliéné. Il est propre pour le tout. C'est ce qu'enseignaient très-bien d'Argentré (3), Renusson (4) et Pothier (5), et c'est là une règle dont on ne saurait s'écarter aujourd'hui.

637. Cependant, si l'héritage propre donné en échange était extrêmement inférieur à l'héritage reçu, et que la soulte payée avec les deniers de la communauté fût, par conséquent, très-forte, on pour-

(1) Lebrun, *loc. cit.*
(2) *Id.*
(3) Sur Bretagne, art. 428, glose 2, nos 1 et 3.
(4) *Des propres*, chap. 1, sect. 10, n° 9.
(5) N° 197.

rait examiner, d'après les circonstances, s'il n'y aurait pas une vente cachée sous couleur d'échange (1), et dans ce cas, on considérerait l'héritage comme acquêt jusqu'à concurrence de la somme déboursée (2).

638. Notre article ne parle que de l'immeuble propre, échangé contre un autre immeuble. On demande si la disposition qu'il renferme doit être étendue au meuble acquis en échange d'un immeuble propre. Supposons que l'un des époux échange un immeuble propre contre un tableau précieux ou un riche diamant : ce tableau ou ce diamant seront-ils propres? ou bien seront-ils conquêts? D'après ce que nous avons dit au n° 443, nous pensons qu'il faut tenir ce meuble pour un propre. L'art. 1433 du Code civil conduit naturellement à ce résultat. Si l'article que nous commentons, ne parle que de l'immeuble échangé, c'est parce qu'il fait suite à un ordre d'idées commencé à l'art. 1404 et n'ayant en vue que les immeubles. Mais il n'exclut pas le prin-

---

(1) Lebrun, *loc. cit.*
Pothier, n° 197.
Valin sur la Rochelle, t. 2, p. 713.

(2) M. Tessier, n° 49.
Voy. là-dessus MM. Toullier, t. 12, n° 423.
Zachariæ, t. 3, p. 423.
Odier, t. 1, n° 130.
Rodière et Pont, t. 1, n° 500.

cipe de droit particulier aux meubles, et résultant de la combinaison des art. 1401, § 1, et 1433.

639. Au surplus, la disposition de notre article n'est pas d'ordre public ; l'entrée en communauté de l'immeuble acquis par voie d'échange contre un bien propre, n'est pas une combinaison à laquelle il soit défendu à l'épouse de renoncer. Elle peut, en conséquence, convenir que l'immeuble ainsi reçu en échange de son propre, ne lui sera pas propre, sauf à elle à exercer son indemnité pour remploi de propres aliénés.

Une telle renonciation ne serait pas nulle comme dérogeant au contrat de mariage. La communauté reste toujours le régime des époux ; la femme ne fait qu'user, comme elle l'entend, d'une faculté qui lui appartient (1). Son action de remploi lui reste ; c'est là ce qu'il y a d'essentiel (2) ; c'est ce qui empêche de considérer sa renonciation comme contraire à l'immutabilité du contrat de mariage.

Article 1408.

L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire

---

(1) Cassat. req. 31 juillet 1832 (D., 32, 1, 335, 336).
(2) *Suprà*, n° 75.

par indivis, ne forme point un conquêt, sauf à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition.

Dans le cas où le mari deviendrait seul, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme, celle-ci, lors de la dissolution de la communauté, a le choix, ou d'abandonner l'effet à la communauté, laquelle devient alors débitrice envers la femme de la portion appartenant à celle-ci dans le prix, ou de retirer l'immeuble, en remboursant à la communauté le prix de l'acquisition.

SOMMAIRE.

640. Continuation de la matière des propres de communauté.

Importance de l'article 1408. L'origine de la disposition qu'il renferme, remonte au droit romain.

641. De l'achat de l'immeuble dans lequel la femme a une part indivise à titre de propre. L'immeuble est propre, soit qu'il soit acheté par la femme, constant le mariage,

642. Soit qu'il soit acheté par le mari. Le mari est censé agir pour sa femme.

La présomption de l'article 1402 cède à une présomption plus forte.

643. De l'achat de l'immeuble dans lequel le mari a une part indivise à titre de propre.

L'immeuble est également propre.

644. Suite.

645. L'acquisition est censée être pour la femme et former un propre de la femme, lors même que le mari déclare acheter pour lui l'immeuble dans lequel celle-ci a une part indivise.

646. Mais il faut que la femme ratifie la vente, ou puisse la répudier, si elle la trouve contraire à ses intérêts. C'est pourquoi l'article 1408 lui donne l'option.

Différence entre le droit du Code civil et le droit romain sous ce rapport.

647. Résumé sur l'esprit de l'article 1408.

648. Il y a là-dessus une question difficile : quelle est, pendant le mariage, la nature de la portion de l'immeuble dont la femme est devenue propriétaire par l'achat fait au nom du mari?

L'immeuble est-il conquêt, sauf à devenir propre par l'option de la femme,

Ou bien est-il propre, sauf à devenir conquêt par la répudiation de la femme?

C'est ce dernier sentiment qui est le meilleur. La loi présume l'immeuble propre, sauf le droit de la femme de le faire acquêt.

649. Examen de la loi romaine qui a donné naissance à l'article 1408. Modification que le droit coutumier lui avait fait subir.

650. Dans la jurisprudence des pays de droit écrit attachés à la loi romaine, on jugeait que la partie du bien dotal achetée pendant le mariage, par le mari seul, n'était pas dotale, et que le mari pouvait l'aliéner.

651. Cette manière de juger est-elle compatible avec les notions du droit français sur l'effet rétroactif des partages?

652. Il a été jugé sous le Code civil que le mari ne peut hypothéquer, seul, et sans sa femme, l'immeuble acquis dans les conditions de l'article 1408.

653. Ces idées ont même pénétré dans le régime dotal moderne.

654. Le mari ne peut pas plus aliéner qu'il ne peut hypothéquer l'immeuble que l'article 1408 a en vue.

Concluons là-dessus.

655. Ces notions sont-elles inconciliables avec un arrêt de la Cour de cassation (ch. des requêtes) du 25 juillet 1844? Examen de cet arrêt. Objections dont il est susceptible. Portée de sa décision.

656. Examen d'un autre arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1855 rendu en matière d'enregistrement.

657. L'article 1408 est fondé sur l'indivision. Peu importe, pour opérer l'attraction, que la partie appartenant au conjoint soit moins considérable que la partie acquise.

658. Peu importe que l'indivision provienne de succession, société, etc., etc.

659. Peu importe aussi que l'indivision prenne sa source dans un titre antérieur ou postérieur au mariage.

660. Mais l'article 1408 cesse d'être applicable quand l'indivision a cessé d'exister au moment de l'acquisition.

661. Quand existe l'indivision, tout acte qui la fait cesser, engendre un propre.

662. *Quid* de l'achat sur expropriation? Exemple et solution.

663. De la manière dont s'opère l'achat et des formules employées pour le consommer.

Examen de ces formules quand il s'agit de l'achat des biens indivis de la femme.

664. PREMIER CAS. Achat fait par le mari et la femme. L'achat n'a lieu que pour conserver à la femme son propre et faire cesser l'indivision.

Opinion de M. Toullier, qui fait résulter un conquêt du concours des deux époux.

Elle ne peut qu'être un sujet d'étonnement.

665. Lors même que le contrat porterait que l'achat est fait tant pour le mari que pour la femme, il n'en produirait pas moins un propre.

666. Quand même le mari se rendrait acquéreur, seul, ce serait encore un propre. Le mari serait censé agir comme procureur de sa femme pour faire cesser son indivision.

667. *Quid* s'il est dit que l'achat est fait par le mari et la femme, chacun pour moitié ?

668. Du cas où c'est le mari qui est copropriétaire de la chose indivise. De la clause par laquelle il est dit que l'achat est fait tant pour le mari que pour la femme.

669. Du droit d'option accordé à la femme. Il est limité au cas où c'est le mari qui a acheté la totalité de l'immeuble dans lequel elle était copropriétaire indivise.

670. Mais elle ne l'a pas quand elle a concouru ou acquiescé à l'acquisition.

671. Suite.

672. *Quid juris* si le mari ayant déclaré acheter pour sa femme, celle-ci vient le désavouer ?

673. *Quid* si l'achat a été fait pour la communauté par le mari et la femme ?

674. Suite.

675. *Quid* si l'achat est fait pour le mari et la femme, chacun pour moitié ?

676. L'article 1408 n'est-il applicable que lorsqu'il s'agit d'un immeuble déterminé ?

Arguments et autorités pour l'affirmative.

Réponse et décision pour la négative. L'article 1408 s'applique même au cas où le mari a acheté des cohéritiers de sa femme leurs parts dans la succession en général, meubles et immeubles compris.

677. Le droit d'option passe aux héritiers.

Passe-t-il aux créanciers ?

COMMENTAIRE.

640. C'est encore des immeubles propres que traite l'article 1408 du Code civil. Son importance est grande, et il offre d'assez sérieuses difficultés d'application ; c'est pourquoi nous nous y arrêterons quelques instants.

La disposition de l'article 1408 tire son origine de la loi 78, § 4, au D., *de jure dotium*. Empruntée aux principes du droit écrit par les pays de coutume, elle fut adaptée par la jurisprudence à des situations un

peu différentes (1). Le droit coutumier élargit l'idée contenue dans la loi 78, § 4; il la féconda et la rendit plus systématique et plus complète : elle est passée dans le Code civil, telle que la jurisprudence coutumière la pratiquait.

641. Quelle était la pensée qui présidait à la jurisprudence des pays coutumiers? Prenons d'abord le cas de la loi romaine, celui où la femme a une part propre dans l'immeuble indivis, et supposons qu'elle achète l'autre part.

On considère d'abord que le conjoint ne se rend acquéreur de la part qu'il n'a pas, qu'à cause de celle qu'il a. C'est pour se conserver la partie propre qu'il a voulu devenir propriétaire du total. La part achetée accroît donc à la partie originairement possédée. Le conjoint n'a éliminé son communiste par un acte équivalent à partage, que pour rester seul maître de la chose : il serait donc contraire à l'intention des parties et à la vérité des situations, de substituer à l'indivision qui vient de cesser par ce partage, une autre indivision. L'immeuble doit rester propre pour

---

(1) Pothier, n° 150 et 151.
Valin sur la Rochelle, t. 1, p, 493, n° 28.
Cochin, t. 5, p. 231, 232, 238, 267.
Bourjon, t. 1, p. 537, dist. 2.
Ferrières sur Paris, art. 220, § 1, n° 13.
Rousselle, *Traité de la dot,* n°s 555, 556.
Salviat, v° *Mari.*
M. Tessier, n° 62.

le total : la partie propre accroît de la partie acquise.

642. Ces notions ne perdent pas leur force quand c'est le mari qui achète la part, mise en vente, de l'immeuble dont sa femme est copropriétaire. Il faut partir de ce point, que le mari est l'administrateur des droits de la femme, et qu'il est présumé avoir acquis dans l'intérêt de celle-ci, afin de faire cesser l'indivision et d'arriver à un partage qui est tout à son profit (1). On suppose un mandat tacite donné au mari, et prouvé, d'abord par le silence de la femme, ensuite par son acquiescement. Ainsi, une femme a parmi ses propres la moitié d'un immeuble indivis avec Titius ; son mari achète de Titius l'autre moitié pendant la communauté : on ne présume pas que le mari a acquis pour la communauté ; il a acquis pour sa femme ; il est censé avoir voulu faire cesser l'indivision et procurer à sa femme la chose entière au même titre qu'elle en avait moitié. L'immeuble est donc propre, et non conquêt, sauf récompense à la communauté. Il s'opère une attraction de la partie propre à celle qui ne l'est pas. Ici, la présomption de l'article 1402 cède à une présomption plus forte. D'ailleurs, dans les partages, il est un principe certain en droit français, c'est que le partage produit un effet rétroactif et que le copartageant est censé avoir été toujours propriétaire de la chose

(1) Pothier, n° 151.

échue dans son lot (1). Or, puisque le mari n'a voulu faire qu'un partage dans l'intérêt de sa femme, et que ce partage a procuré à la femme la totalité de la chose, il s'ensuit qu'elle est censée avoir été toujours saisie de ce tout, au même titre qu'elle était saisie de la partie. Il est donc clair que c'est un propre qui a été acquis, et que la communauté n'a à intervenir dans l'opération, que pour être indemnisée des sommes tirées de son actif.

643. Voilà pour le cas prévu par la loi romaine, celui où c'est la femme qui était copropriétaire de la chose indivise, et où le mari a acheté. Doit-il en être de même si c'est lui qui achète la partie indivise d'une chose qui lui appartient en propre pour l'autre partie? en faisant cet achat, le mari a-t-il acheté, non pour la communauté, mais pour lui-même? oui, sans doute, et nous savons déjà pourquoi.

Quand l'immeuble indivis appartient au mari, et que c'est lui qui s'est rendu adjudicataire, il est certain qu'il n'a agi que pour avoir la chose entière, pour la conserver propre en totalité, pour empêcher que la partie qu'il affectionnait, ne lui échappât et n'allât se perdre en d'autres mains. — Le propre s'étend donc de la partie au tout, et les parties acquises suivent la nature de l'ancienne portion. Pourquoi le mari aurait-il acheté les nouvelles portions, si ce

(1) Bourjon, *loc. cit.*
Nancy, 18 mai 1838 (Dalloz, 39, 2, 18).

n'est par affection pour l'ancienne? C'est un accroissement naturel et nécessaire (1), tendant à former un tout homogène, ayant nature de propre. L'acte qui l'a investi de la totalité de la chose, est un acte équivalent à partage. Or, tout acte de partage a un effet rétroactif; il ne forme pas un titre nouveau : il ne saurait donc valoir comme conquêt.

644. On voit que les raisons de décider sont les mêmes, soit que le mari soit copropriétaire, soit que ce soit la femme. Seulement, lorsque c'est le mari qui procède seul et se rend adjudicataire pour le tout de l'immeuble dans lequel sa femme avait une portion à titre de propre, il semble qu'on ne puisse pas mettre en avant cette raison d'affection personnelle dont nous parlions tout à l'heure.

Néanmoins, l'amour de la propriété est si profond dans le cœur de l'homme, qu'il est bien présumable que le mari n'a fait qu'interpréter le véritable désir de sa femme, en se rendant adjudicataire pour elle ; il a été son procureur intelligent ; il a fait ce qu'elle aurait fait, ce qu'elle a certainement voulu que l'on fît à sa place. En admettant l'existence d'un mandat donné au mari, ou même d'une simple gestion d'affaires de sa part, le législateur suppose dans la femme cet amour de la propriété, ce sentiment exclusif, qui est le principe de la décision de l'article 1408, et la cause primitive de l'accroissement.

(1) Bourjon, *loc. cit.*

645. Il faut même aller jusqu'à dire que, lorsque le mari déclare acquérir nommément pour lui-même cet immeuble dans lequel sa femme a une portion, il n'est censé avoir agi que pour sa femme. Comment supposer qu'il ait eu la pensée coupable de dépouiller son épouse? s'il n'a parlé que de lui, c'est que, comme chef de l'association conjugale, il a mis son nom à la place de celui de sa femme. Nous avons déjà vu ailleurs des exemples de ce mandat tacite qui fait apparaître le mari pour la femme, mandat qu'il est si naturel de supposer dans l'association conjugale et avec les nombreux pouvoirs du mari (1). Mais il n'a pas écarté sa femme pour écarter son droit et se substituer à elle. Ce serait un abus que la loi ne suppose pas, et que, dans tous les cas, elle ne saurait admettre; elle continue donc à voir dans le mari le procureur, ou le *negotiorum gestor* de sa femme (2).

646. Cependant ne serait-il pas possible que le mari, en se portant adjudicataire pour sa femme, eût fait une mauvaise affaire? n'a-t-il pas payé trop cher? n'a-t-il pas acheté follement? et alors ne faut-il pas venir au secours de la femme et lui permettre de répudier ce fatal bienfait?

L'équité répond affirmativement, et tel est aussi le vœu de notre article. Cependant, dans l'ancienne ju-

---

(1) N° 601.
(2) *Infrà*, n° 690.

risprudence, on n'était pas d'accord, et Lebrun tenait que la femme était obligée à la dissolution de prendre le total de l'héritage (1). Mais l'opinion préférée par le Code civil avait de plus nombreux sectateurs, quoique repoussée par la loi 78, § 4, D., *De jure dot.* (2); elle était plus équitable (3): il paraît même que sous ce rapport, la jurisprudence des pays de droit écrit avait dérogé à la loi romaine, et laissé à la femme l'option ingénieusement imaginée par les pays coutumiers (4).

647. On peut juger maintenant de l'esprit et de la portée de l'article 1408. Les observations que nous venons de présenter, en font connaître les points culminants. Reste à entrer dans les détails de son interprétation : c'est ce que nous allons faire.

648. Et d'abord, la question la plus difficile qu'offre le commentaire de l'art. 1408, est de savoir quelle est, pendant le mariage, la nature de la portion de l'immeuble dont la femme n'est devenue

---

(1) Liv. 1, chap. 5, dist. 3, n° 10, p. 110, 111.
(2) *Infrà*, n° 649.
(3) Pothier, n° 151.
Bourjon, t. 1, p. 537, n° 13.
Valin, t. 1, p. 493, n° 28.
M. Tessier, n° 62.
Infrà, n° 668.
(4) Riom, 10 février 1836 (Devill., 36, 2, 186, vers la fin de l'arrêt).
Cass. req. 8 mars 1837 (Devill., 37, 1, 331).

propriétaire que par l'achat fait au nom du mari. Est-elle propre, sauf à devenir acquêt de communauté si la femme répudie l'acquisition? Ou bien, est-elle acquêt de communauté, sauf à devenir propre dans le cas où la femme ratifie cet échange? On a prétendu que l'immeuble est conquêt, sauf à devenir propre par l'option de l'épouse. Il est conquêt, dit-on, car il est acheté par le mari seul, avec les deniers de la communauté. L'art. 1401, § 3, en fait un conquêt. Seulement, pour ne pas frustrer la femme, on lui permet de retirer l'immeuble comme propre (1).

Mais c'est là une idée fausse et dangereuse. Je la repousse formellement (2).

Si nous consultons le texte de notre article, nous voyons qu'il n'y a pas un seul instant où il considère la chose comme acquêt avant l'option de la femme. Telle était aussi l'opinion des auteurs anciens. Lebrun dit, en effet: « Dans notre droit français, les » portions de nouveau acquises par la licitation, suivent la nature de l'ancienne portion, *et sont propres* » *si elle était propre.* » C'est cette pensée que reproduit l'art. 1408 quand il dit que l'immeuble ne forme pas un conquêt.

Si c'était le mari qui fût dans l'indivision, et qui eût acquis le total, pourrait-on douter que ce ne fût l'achat d'un propre? évidemment non. Pourquoi donc en serait-il autrement, quand c'est dans l'inté-

---

(1) M. Odier, t. 1, n° 137.
(2) *Infrà*, n° 680.

rêt de l'épouse que l'opération se fait par lui? La chose ne devient-elle pas également propre pour le tout? Qu'importe la forme donnée à l'achat, s'il est vrai que, de plein droit, la femme soit censée être le véritable intéressé?

Vainement s'appuierait-on sur le droit d'option laissé à l'épouse. C'est là une faveur personnelle, qui ne change en rien la nature de la chose, tant que cette option n'est pas faite. L'immeuble est propre, sauf à devenir conquêt en cas de refus de la femme (1). C'est une pure faculté de retirer l'héritage comme propre, ou de le rejeter dans la classe des conquêts (2).

Pourquoi a-t-on accordé à l'épouse ce droit d'option dont on se fait une objection? précisément pour que la femme n'achète pas, malgré elle, un immeuble qui peut lui être désavantageux. C'est donc que sans ce droit de répudiation, elle serait propriétaire, et que l'immeuble aurait la qualité de propre. La répudiation n'a été inventée que pour faire cesser cette présomption de la loi et cette qualité juridique.

D'un autre côté, pourquoi dans l'ancienne jurisprudence avait-on hésité à donner à l'épouse un droit de répudiation qui paraissait exorbitant? c'est que l'immeuble se montrait avec le caractère manifeste et actuel de propre, et qu'on voyait du danger à détruire une situation faite. Si l'on a fini par accorder à la femme une option équitable, c'est par l'effet d'une pure faveur. Mais cette faveur, loin d'être une

---

(1) V. un plaidoyer de M. Bonjean dans Devill., 44, 1, 614.
(2) M. Tronchet, *loc. cit.*, p. 559.

objection contre la présomption de propre qui appartient à l'immeuble, la suppose, au contraire, nécessairement.

Enfin, puisqu'il est vrai que le mari est présumé être le *negotiorum gestor* de la femme pour faire cesser l'indivision, et que, d'un autre côté, le partage a un effet rétroactif, comment serait-il possible que l'immeuble n'eût pas, *primâ fronte,* la nature de propre?

649. Ici, il faut faire remarquer deux grandes différences entre la jurisprudence coutumière et la loi romaine qui avait donné naissance à cette jurisprudence; car en allant chercher dans le droit romain des analogies et des règles de conduite, le droit coutumier les accommodait à ses besoins avec autant de liberté que d'intelligence.

La première différence a été remarquée par nous au n° 646 : c'est que, d'après le droit romain, la femme ne pouvait refuser la partie acquise par son mari à son insu ou même contre son gré.

La seconde, c'est que la part apportée par la femme était seule dotale pendant le mariage; que le mari pouvait aliéner, à son gré, les parts acquises, tant que le mariage n'était pas dissous; qu'en un mot, le sort des droits de la femme sur ces parts, était incertain pendant le mariage.

Voici, en effet, comment s'exprime Tryphoninus (1) :

---

(1) L. 78, § 4, D., *De jure dotium.*

« Si fundus communis in dotem datus erit (1),
» et socius egerit cum marito communi dividundo...;
» quod si marito fundus fuerit adjudicatus, pars
» utique data in dotem dotalis manebit; divortio
» autem facto, sequetur restitutionem propter quam
» ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet
» ut recipiat tantùm, pretii nomine, à muliere, quan-
» tùm dedit ex condemnatione, socio; nec audiri
» debebit alteruter eam æquitatem recusans, aut mu-
» lier in suscipiendâ parte alterâ quoque, aut vir in
» restituendâ. Sed an constante matrimonio non
» sola pars dotalis sit quæ data fuerit in dotem, sed
» etiam altera, portio videamus. Julianus de parte
» tantùm dotali loquitur, et ego dixi in auditorio,
» illam solam dotalem esse. »

Le jurisconsulte s'occupe de deux époques.

Pendant le mariage, il n'y a de dotal que la partie de l'immeuble constituée dotale par le contrat de mariage (2).

Après le mariage, le mari doit rendre à la femme la totalité de l'immeuble, sauf récompense du prix, car il ne doit rien retenir de ce qui est arrivé dans ses mains de la chose dotale (3). La femme est censée avoir acheté; elle a acheté quoiqu'à son insu (4). Et puisque, pendant le mariage, la chose achetée n'est

(1) V. l. 2, C., *De fundo dotali.*
(2) *Infrà*, n° 3050.
(3) Pothier, Pand., t. 2, p. 64, tit. *Solut. matrim.*, n° 33.
(4) V. Godefroy sur la loi 16, C., *De jure delib.*

pas dotale, puisqu'ainsi que le décident Julianus et Tryphoninus, il n'y a de dotal que la partie reçue primitivement par le mari, il s'ensuit que ce dernier pourra, sans le consentement de la femme, aliéner la partie acquise, et replacer ainsi la chose dans un état d'indivision (1). Le droit de la femme reste indécis pendant le mariage ; le sort en est différé jusqu'à la dissolution.

650. Ces idées nous éloignent un peu de celles que nous exposions au n° 648. C'est qu'elles avaient dévié en passant du droit romain dans le droit coutumier. Le droit coutumier les avait combinées avec le principe de l'effet rétroactif du partage (2). Par là, il était arrivé à imprimer sur l'immeuble le caractère de propre actuel. Au contraire, le droit romain, qui n'attribuait pas au partage d'effet rétroactif, avait ajourné jusqu'après la dissolution du mariage le droit de la femme, laissant le mari maître de disposer tant que durait le mariage.

Cette règle du droit romain se rencontre sans mélange dans la jurisprudence des pays de droit écrit soumis au régime dotal. Je la vois consacrée dans l'espèce que voici, rendue sur des faits antérieurs au Code civil :

---

(1) M. Pellat, *Textes sur la dot, traduits et commentés*. p. 408 et suiv., surtout p. 410.

(2) Bourjon, t. 1, p. 539, n° XI, note.
Suprà, n° 642.
Nancy, 18 mai 1838 (Dalloz, 39, 2, 18).

En 1793, la dame Allier s'était constitué en dot une portion de maison sise à Valence, indivise avec ses deux sœurs. En 1806, Allier acquiert les deux tiers de cette maison pour son compte, et il les hypothèque à ses créanciers.

La dame Allier étant décédée, les créanciers d'Allier poursuivent la vente de la maison. Mais les fils Allier s'y opposent comme héritiers de leur mère, en offrant de tenir compte du prix payé par leur père. Ils invoquent la loi 78, § 4, D., *de jure dotium*.

Les créanciers répondent que cette loi n'empêche pas le mari d'aliéner ou hypothéquer, pendant le mariage, la chose achetée par lui ; car elle n'est pas dotale constant le mariage, et l'épouse en se faisant subroger à son mari lorsque le mariage est dissous, doit supporter le droit des tiers.

Arrêt de la Cour de Grenoble du 22 juillet 1825 (1), qui décide que la femme ne peut retraire l'immeuble acquis par le mari, qu'en supportant les charges créées par lui.

Pourvoi en Cassation. On disait : Si le mari a pendant le mariage le droit d'agir en maître de la chose achetée par lui, il s'ensuit qu'il pourra annuler ou paralyser le droit de son épouse. Ce droit sera désormais illusoire.

Par arrêt du 13 juillet 1826, la chambre des requêtes rejeta le pourvoi (2). Je dois faire remarquer

---

(1) Dalloz, 26, 2, 52.
(2) Dalloz, 26, 1, 414.

que son arrêt est moins motivé en principe que sur les faits de la cause et les termes particuliers du contrat de mariage. Mais reste l'arrêt de la Cour d'appel ; il est fondé sur des principes qui, je le crois, étaient ceux des anciens pays de droit écrit.

651. En présence de l'art. 1408 du Code civil et du principe qui attribue au partage un effet rétroactif, il serait impossible de juger de même aujourd'hui. L'art. 1408 a une bien plus grande portée que la loi romaine ; il organise un système plus complet, plus équitable et meilleur. Tandis que la loi romaine disait positivement que la portion acquise ne s'imprègne pas, pendant le mariage, de la qualité de la partie dotale, notre article décide, au contraire, de la manière la plus expresse, que l'acquisition n'est pas un conquêt, qu'elle est propre et suit la nature et la qualité de la portion primitivement possédée.

Il suit de là que la loi romaine ne saurait servir de guide pour décider la question de savoir si, constant le mariage, l'immeuble subit l'attraction de la partie propre ; l'art. 1408 doit être interprété, sous ce rapport, avec les idées du droit français et par les expressions de son propre texte. Or, à ce point de vue, il est clair que l'acquisition opère sur-le-champ un propre, et que ce n'est que par le refus de la femme après la dissolution du mariage, que ce propre peut devenir la chose de la communauté.

652. C'est pourquoi il a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 1816, que le mari

ne peut hypothéquer seul et sans le consentement de sa femme, l'immeuble acquis dans le cas de l'article 1408 (1). On voit par là combien l'esprit du Code civil s'éloigne de la jurisprudence inspirée par la loi 78, § 4, D., *de jure dotium*, et rappelée au n° 650.

Écoutons du reste l'arrêt du 30 juillet 1816 :

Hollinger, marié en communauté, avait acheté une maison dont partie était propre à sa femme. Plus tard, il l'hypothéqua à un créancier. Plus tard encore, cette maison fut vendue à des tiers avec le consentement de la femme. Le créancier hypothécaire prétendit exercer son action contre les tiers détenteurs. Mais un arrêt de la Cour de Colmar du 22 novembre 1814, décida que Hollinger n'avait pu hypothéquer un propre de sa femme sans la volonté de celle-ci, et que l'immeuble en question était propre d'après l'article 1408 du Code civil.

Sur le pourvoi en cassation, arrêt de la chambre des requêtes du 30 juillet 1816, au rapport de M. Lassaudade, ainsi conçu : « Attendu qu'à défaut » de loi positive, l'article 1408 du Code civil porte » que l'acquisition faite pendant le mariage de portion de l'immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt ; » qu'ainsi Louis Hollinger n'a pu être poursuivi » comme propriétaire et détenteur de l'immeuble » dont il s'agit, rejette (1). »

(1) Devill., 5, 1, 221.

Cette solution est très-remarquable. Si l'immeuble était un conquêt, le mari n'aurait pas besoin du concours de sa femme pour disposer de la chose. Mais elle a le caractère de propre actuel ; et le mari n'en étant pas propriétaire, ne saurait en disposer.

653. Nous verrons même plus tard que ces idées ont pénétré jusque dans le régime dotal, et qu'énervant et modifiant la loi romaine, elles font décider que l'acquisition faite dans les circonstances de l'article 1408 du Code civil, procure l'immeuble à la femme pour le tout, et qu'il ne peut par conséquent pas être aliéné par le mari (1).

654. Enfin, tous les auteurs s'accordent pour reconnaître que le mari ne peut vendre l'immeuble ainsi devenu propre à l'épouse, comme il pourrait vendre un conquêt de communauté ; qu'il ne peut non plus l'hypothéquer : sans quoi, les combinaisons de l'article 1408 seraient renversées et le mari enlèverait à l'épouse le droit d'option qui lui est réservé. Les aliénations et hypothèques consenties par le mari ne pourraient, tout au plus, être maintenues qu'autant que la femme, usant de la faveur dont l'arti-

---

(1) Riom, 2 mai 1839 (Devill., 39, 2, 513). La femme s'était constitué ses biens présents et à venir.
Benoît, *de la Dot*, n° 244.
Infrà, n° 689.

cle 1408 l'a investie, aurait refusé de profiter de l'acquisition (1).

Nous disons donc que l'immeuble acquis est toujours propre pendant le mariage : propre au mari quand c'est le mari qui était propriétaire de la partie indivise; propre aussi à la femme quand c'est la femme qui avait la part indivise parmi ses propres. Il n'y a pas de différence dans les deux situations du mari et de la femme; seulement la femme peut répudier l'acquisition faite à son insu, si elle le juge contraire à son intérêt.

655. Il semblerait cependant que le contraire aurait été jugé par arrêt de la chambre des requêtes, du 25 juillet 1844 (2), dans lequel on lit ce considérant remarquable : « Que du texte comme de l'es-
» prit de cet article, il résulte que le mari, surtout à
» l'égard des tiers, devient propriétaire de l'immeu-
» ble ainsi par lui acquis, sauf l'exercice du droit
» d'option ou de retrait réservé à la femme pour
» l'époque où elle reprend l'administration de sa
» fortune. » Il résulte de là que la Cour considère la chose comme appartenant au mari, tant que la

---

(1) MM. Toullier, t. 12, n° 170.
Duranton, t. 14, n° 209.
Zachariæ, t. 3, p. 428.
Rodière et Pont, t. 1, n° 496.

(2) Devill., 44, 1, 614.
Dalloz, 44, 1, 428.

femme n'a pas fait et n'a pas qualité pour faire son option. Malgré la couleur affirmative de ce motif, j'ose croire que l'arrêt est rendu dans des circonstances qui l'absolvent jusqu'à un certain point d'une erreur aussi grave.

Le sieur Demontviol avait acheté en son nom diverses fractions d'une succession dont sa femme était héritière pour partie. Lors du partage de cette succession, un sieur Gaillard prétendit écarter Demontviol, en vertu de l'article 841 du Code civil, en lui opposant sa qualité d'étranger, et en lui offrant de lui rembourser son prix d'acquisition. Demontviol résista ; il fit remarquer que d'après l'article 1408, ce n'était pas lui qui était acquéreur, mais bien sa femme, la dame Demontviol, laquelle était successible avec le sieur Gaillard.

Ce système, admis par le tribunal de première instance de Lyon, fut repoussé par arrêt de la Cour royale du 19 juillet 1843.

Voici les raisons de cet arrêt :

L'article 1408 du Code civil n'est applicable qu'autant qu'il s'agit d'un immeuble déterminé. L'ancien droit se servait de l'expression *fundus ;* le nouveau de celle d'*immeuble*.

On ne peut étendre ses dispositions à la cession de droits successifs, mobiliers et immobiliers, *in universum jus*, à un contrat aléatoire, à une spéculation dont les résultats dépendent des chances incertaines d'une liquidation future : sans quoi ce serait créer une disposition nouvelle, qui n'a aucune base dans la loi ; disposition souverainement contraire à l'é-

quité, puisqu'elle donnerait à la femme le droit d'attendre que les chances fussent fixées, d'accepter le marché si l'événement l'avait rendu bon, ou de le répudier dans le cas contraire.

L'arrêt ajoute d'autres motifs ; aucun ne m'a paru formuler la théorie d'après laquelle le mari est réputé propriétaire. Les magistrats cherchent à écarter l'article 1408 du Code civil ; mais ils ne posent pas nettement cette idée, que la femme n'acquiert de droit que par son option.

Sur le pourvoi en cassation, la requête a été rejetée par arrêt du 25 juillet 1844, au rapport de M. F. Faure et sur les conclusions conformes de M. Delangle, avocat général. On a vu tout à l'heure qu'il ne recule pas devant l'assertion tranchée, que c'est le mari qui est propriétaire ; mais la preuve qu'il ne se contente pas de cette raison de droit, dont, du reste, la Cour d'appel s'était abstenue, c'est qu'il croit nécessaire d'opposer à la femme : 1° qu'elle fait son option avant l'époque à laquelle l'article 1408 le lui permet (1) ; 2° que le droit prétendu par elle ne porte pas sur un immeuble déterminé, comme le veut l'article 1408, mais sur l'acquisition toujours plus ou moins aléatoire de

---

(1) Un arrêt de Lyon du 20 juillet 1843 (Devill., 44, 2, 319) décide que la femme peut faire son option en tout temps (*infrà*, nº 679). Mais je n'attache pas d'importance à cela. La femme est censée propriétaire : on ne peut rien faire qui lui préjudicie ; elle a toujours son droit.

droits successifs dans une succession mobilière ou immobilière.

Nous reviendrons tout à l'heure sur ces deux derniers points (1) pour les examiner à fond. Quant à présent, nous croyons pouvoir maintenir que l'arrêt du 25 juillet 1844 n'est pas assez formel pour ébranler notre proposition, à savoir, que l'immeuble acquis par le mari pour la femme, quoiqu'à son insu, est propre pendant le mariage, et que ce serait le plus insoutenable des paradoxes que de lui donner la qualité d'acquêt.

656. Nous devons avouer cependant qu'il existe un arrêt de la Cour de cassation du 31 mars 1835 qui paraît plus précis et plus topique ; mais il a été rendu en matière d'enregistrement. En voici l'espèce ; je le prends sur les registres du greffe de la Cour de cassation :

Alexandre Vincent avait acheté les droits, actions et prétentions de ses beaux-frères dans la succession de son beau-père, lesdits droits indivis avec ceux que sa femme y avait comme cohéritière. Cette cession avait été faite pour le prix de 7,980 francs.

Alexandre Vincent décède.

Ses héritiers déclarèrent au bureau de Privas que la succession de leur auteur comprenait les parts acquises ainsi qu'il vient d'être dit, lesdites parts d'un revenu de 399 francs.

---

(1) *Infrà*, n°s 669 et 679.

L'administration de l'enregistrement soutint que cette déclaration présentait une insuffisance considérable ; elle demanda une expertise.

Les héritiers s'y opposèrent : ils soutinrent qu'ils s'étaient trompés dans leur déclaration ; que ces parts indivises n'appartenaient pas à leur auteur, mais bien à leur mère ; que leur auteur n'avait que des reprises à exercer.

Un jugement du 4 décembre 1832 du tribunal de Privas accueillit ce système, se fondant sur la loi 78, paragraphe 4, D., *de jure dot.*, sur l'art. 1408 du Code civil et sur la jurisprudence du parlement de Toulouse ; au surplus, ajoutait-il, la déclaration des héritiers n'est que le résultat d'une erreur : ainsi il n'y avait pas lieu d'ordonner une expertise.

Pourvoi.

La régie se prévaut de la déclaration des héritiers, déclaration faite et signée sur le registre à ce destiné ; elle soutient que l'art. 1408 ne dit pas que le mari qui a acheté en son nom, n'est pas propriétaire ; qu'il donne seulement à la femme un droit d'option.

Sur quoi, arrêt de la chambre civile du 31 mars 1835, au rapport de M. Ruperou :

« Attendu que par l'acte de cession du 25 vendémiaire an 13, Alexandre Vincent est devenu *seul* et en son *nom personnel* acquéreur des droits, actions et prétentions revenant ou qui reviendraient à ses beaux-frères sur les biens du sieur Mège ;

Que, d'après les termes mêmes de cet acte, ledit Vincent n'ayant point acquis au nom de Marie-

Louise Étienne Mége, sa femme, cohéritière des biens vendus à son mari, la vente ne peut être réputée faite à cette dernière, qui, dans cette circonstance, n'avait en vertu de l'art. 1408 du Code civil que la faculté d'opter entre les biens qui étaient l'objet de la vente et la *portion qui lui revenait dans le prix de cette vente* (1);

Que ladite dame Vincent n'ayant ni avant, ni depuis la mort de son mari, fait cette option, ces biens font partie de la succession de ce dernier, comme cela est reconnu par la déclaration dans laquelle ses héritiers ont compris au nombre des immeubles de la succession de leur père, les trois quarts du domaine d'Ouvèze, qu'il avait acquis par l'acte du 25 vendémiaire an 13;

. . . .

Qu'en rejetant la demande d'une expertise, sur le fondement que le sieur Alexandre Vincent était censé n'avoir acquis que pour le compte et dans l'intérêt de sa femme, ce qui était contraire à l'acte de vente du 25 vendémiaire an 13, et à la déclaration qui *était la règle de l'administration*, le tribunal de Privas a violé l'art. 15, n° 7, et l'art. 19 de la loi du 22 frimaire an 7, et faussement appliqué l'art. 1408 du Code civil;

Par ces motifs,

Casse et annule. »

---

(1) *Infrà*, n° 685.

Si cet arrêt n'avait pas été rendu en matière fiscale, il serait de ceux qui sont rendus *in terminis*; et sans l'approuver comme raison, il faudrait en tenir grand compte comme précédent; mais la spécialité du sujet lui ôte une partie de son autorité.

Pour moi, je maintiens ma thèse. Quiconque l'examinera avec impartialité, en interrogeant la liaison des faits historiques et la raison de l'article 1408, partagera cet avis.

657. Passons maintenant à d'autres points.

L'art. 1408 est fondé sur une circonstance essentielle : c'est l'indivision. Lorsque l'indivision existe, elle suffit pour opérer l'attraction de l'acquêt au propre. Peu importe que la partie appartenant originairement au conjoint, soit moins considérable que la partie acquise : l'art. 1408 ne fait pas reposer la règle dont il est l'expression, sur le plus ou moins d'importance de la partie propre par rapport à la partie acquise ; il ne s'inquiète que du fait de l'indivision ; c'est là le point capital.

658. Peu importe aussi que l'indivision tienne à un état de succession, ou à un état de société, ou à tout autre état de communauté quelconque (1). La loi ne s'inquiète pas de la cause de l'indivision; elle ne tient compte que de l'existence, en fait, de l'indi-

---

(1) M. Toullier, t. 12, n° 159.

vision : c'est ce qui résulte des travaux préparatoires de l'art. 1408. La rédaction primitive ne mentionnait que le cas d'indivision successorale (1); le Tribunat fit remarquer que cette rédaction était trop restreinte, et qu'il fallait l'étendre « à tous les cas où il » serait question d'un immeuble indivis, à quelque » titre que l'un des époux en eût une portion (2) : » c'est ce qu'a fait l'art. 1408.

659. Mais faut-il que l'indivision prenne sa source dans un titre antérieur au mariage? nullement. Il suffit qu'elle existe, et que l'époux tienne sa part indivise à titre de propre. Une donation est faite à l'un des époux, pendant le mariage, de la moitié d'un immeuble : cette moitié est propre d'après l'art. 1405, bien que l'acquisition soit faite depuis le mariage contracté ; si donc l'époux achète le surplus, la totalité lui sera propre. Le propre attire la partie acquise, sans qu'il soit besoin de s'inquiéter si le propre a été constitué avant ou après le mariage. L'unique question est de savoir si cette part est propre de sa nature; quand elle est telle, l'accroissement s'opère nécessairement (3).

---

(1) Fenet, t. 13, p. 495, art. 15.

(2) Fenet, t. 13, p. 607.

(3) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 481.

Je ne sais si ces auteurs peuvent reprocher à MM. Toullier, t. 14, n° 159, et Odier, t. 1, n°s 133, 136, d'avoir enseigné que l'art. 1408 n'a lieu que pour le cas où l'indivision repose sur un titre antérieur au mariage. Je ne vois rien d'assez formel dans leurs ouvrages pour leur prêter cette erreur.

660. Si l'indivision avait cessé d'exister au moment où l'époux se rend acquéreur, l'art. 1408 serait inapplicable (1). Les parties acquises seraient des conquêts, en tout semblables aux choses que la communauté acquiert conformément à l'art. 1401, n° 3, du Code civil.

Brahant était propriétaire du cinquième d'un héritage qu'il avait recueilli dans la succession de sa mère; une division avait été opérée entre tous les ayants droit de ce cinquième et des autres parties de cet héritage.

Pendant sa communauté avec son épouse, Brahant acheta les quatre cinquièmes dont il vient d'être question. Il les réunit à sa part, il y fit des constructions et forma du tout un corps de ferme.

Après le décès de la dame Brahant, le mari éleva la prétention de faire considérer comme propre la totalité de l'immeuble; mais il échoua et devait échouer. En effet, la Cour d'appel de Douai décida, par arrêt du 10 mars 1828 (2), que les parties acquises étaient des conquêts, car à l'époque où Brahant s'en était rendu acquéreur, elles n'étaient plus unies par le lien de l'indivision. Un partage les avait séparées, et c'était Brahant qui, après les avoir acquises comme conquêts de communauté, les avait adjointes à la partie dont il était originairement saisi. Or, cette adjonction n'a pu placer la

(1) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 482.
(2) Devill., 9, 2, 52.

chose dans les termes de l'art. 1408. Cet article est fait pour le cas où l'accession est liée à l'indivision existante; ici l'indivision avait cessé au moment de l'acquisition. Brabant n'a fait autre chose que joindre à son propre des acquêts.

661. Quand l'indivision existe au moment de l'acquisition, tout acte quelconque qui, en la faisant cesser, procure à l'époux la totalité de la chose, engendre un propre.

Dans la rédaction primitive de l'art. 1408, rédaction beaucoup trop restreinte, comme nous l'avons déja vu (1), le législateur semblait n'accorder qu'à la licitation la puissance de convertir en propre la totalité de la chose (2). Le Tribunat fit remarquer que « ce n'est pas seulement dans le cas de licita» tion que l'un des époux doit avoir l'avantage qui » fait l'objet de l'article; il doit en être de même dans » le cas de toute acquisition volontaire. Il y a aussi » parité de motifs (3). » C'est à la suite de cette observation que le conseil d'État modifia la rédaction primitive, et ajouta dans l'art. 1408 les mots *ou autrement*, après ceux-ci : *à titre de licitation*.

Ainsi, l'achat volontaire, le partage amiable ou judiciaire qui met dans le lot de l'époux la totalité de la chose, la licitation à la suite de laquelle il se

---

(1) *Suprà*, n° 658.
(2) Fenet, t. 13, p. 495, art. 15.
(3) Fenet, t. 13, p. 607 et 608.

rend acquéreur de la totalité, la transaction, tout cela est placé sur la même ligne, et l'acquisition est propre indistinctement : ce sont autant de modes de sortir de l'indivision, d'éliminer le copropriétaire, et de rester maître exclusif de la chose (1).

662. Ces idées ne sont contestées par personne; mais ce qui suscite une difficulté, c'est de savoir si l'acquisition faite sur expropriation forcée doit être rangée dans la classe des acquisitions dont nous venons de parler. Par exemple : le mari est copropriétaire d'un immeuble indivis entre lui et ses cohéritiers débiteurs d'une somme d'argent; personne ne paye et la chose est saisie pour le total. Mais le mari ayant acquis des ressources personnelles, se rend adjudicataire de toute la propriété : lui sera-t-elle conquêt ou propre?

Un arrêt de la Cour de Paris du 2 juin 1817 (2) a décidé que l'article 1408 est inapplicable en pareille circonstance, et cette opinion est défendue par MM. Bellot des Minières (3) et Zachariæ (4). Elle se fortifie de quelques arrêts rendus sous l'ancienne jurisprudence (5), et l'on peut en

---

(1) Pothier, n° 148.
MM. Rodière et Pont, t. 1, nos 483 et 485.
(2) Devill., 5, 2, 283.
(3) T. 1, p. 219.
(4) T. 3, p. 426, note 32.
(5) M. Merlin, Quest. de droit, v° *Propres*, § 2, n° 5.
Arrêts du 13 juin 1662 et du 26 mai 1696.

rapprocher la proposition du Tribunat dont nous avons rendu compte au n° 661, et qui semble n'avoir voulu assimiler à la licitation que les acquisitions volontaires.

La raison de ce système est tirée de ce que plusieurs bons esprits ont considéré l'adjudication sur expropriation forcée faite au propriétaire saisi, comme un nouveau titre pour lui : il ne détient plus la chose, disent-ils, au même titre qu'il la possédait avant la saisie; il la possède à d'autres conditions et avec un autre caractère. La chose entre donc dans sa main comme acquêt : il n'est pas possible qu'elle y entre autrement. Avant l'adjudication, l'immeuble était frappé des hypothèques des créanciers hypothécaires; ces hypothèques ne subsistent plus après l'adjudication. Pourquoi cette libération subite? c'est qu'il y a dans la propriété un changement opéré par la justice. *Nemo potest rem suam emere* (1).

Et puisque la part primitive a cessé d'être propre par cette novation, il s'ensuit qu'elle n'a plus d'efficacité pour donner au restant de l'immeuble la qualité de propre. L'immeuble est acquêt pour le tout, car le mari héritier a acheté sa part comme celle de ses comparsonniers; elle est devenue acquêt.

Mais il faut répondre qu'il n'est pas vrai que l'adjudication faite sur expropriation forcée au dé-

---

(1) Quest. de droit, *loc. cit.*, p. 463, 464, 465.

Les arrêts du parlement de Paris de 1662 et 1696 l'ont, en effet, décidé ainsi.

biteur saisi, soit une mutation de propriété et une interversion de titre. En effet, la saisie n'a pas suffi pour dépouiller le débiteur : il n'y a que l'adjudication faite à un étranger qui aurait pu lui enlever sa propriété. Mais l'adjudication faite à lui-même n'a pas cette vertu : elle ne lui donne pas la propriété, puisqu'il l'a ; elle ne la lui ôte pas, car elle est faite à lui-même. Elle n'est que la suppression d'un obstacle, *remotio obstaculi;* elle ne donne pas, elle confirme : *confirmatio nihil novi juris addit* (1). Le débiteur n'acquiert rien de nouveau ; il ne fait que se confirmer dans ce qu'il a (2). C'est ce qu'on avait fini par reconnaître dans l'ancienne jurisprudence, notamment par arrêt du parlement de Paris du 26 mars 1782 (3) ; et les auteurs les plus accrédités se sont rangés à cette opinion (4), « qui, disait Bretonnier, » est aujourd'hui constante dans tous les parlements » du royaume. »

Ceci posé, il ne faut donc pas dire que la part que le conjoint avait dans la chose, a cessé de lui

---

(1) M. Merlin, Quest. de droit, v° *Propre*, § 2, n° 4.
(2) Arg. de l'art. 79 de la coutume de Paris.
(3) M. Merlin, *loc. cit.*, n° 5, *in fine*.
(4) M. Merlin, *loc. cit.*
Guyot, ancien Répert., v° *Quint*.
Fonmaur, n° 248.
Henrys, liv. 3, quest. 44, n° 6.
Bretonnier sur Henrys, n° 31.
MM. Tessier, n° 63.
Championnière et Rigault, t. 3, n° 2019.

être propre, et qu'il ne la détient plus à l'avenir qu'à un titre nouveau. Il a purgé son propre, il l'a confirmé dans ses mains; or, la partie propre rend le total propre. Il n'est pas d'objection sérieuse qui puisse faire mettre l'expropriation dans une classe à part; elle rentre dans la généralité du mot *autrement* dont se sert notre article; elle fait cesser l'indivision sans faire cesser le propre : elle réunit donc toutes les conditions de l'art. 1408 (1).

663. Après les considérations générales qui dominent l'art. 1408 et qui s'appliquent indistinctement aux deux époux, il faut nous occuper plus spécialement de la manière dont l'achat peut s'opérer, et des effets que la loi attribue aux formules employées par les parties.

Ici nous distinguerons l'intérêt de l'épouse de l'intérêt du mari; les deux situations ne sont pas identiques. Le mari se fait sa condition à lui-même: mais la femme est souvent inactive; elle a pour mandataire naturel un homme qui peut agir impru-

---

(1) *Junge* MM. Toullier, t. 12, n° 157.
Duranton, t. 14, n° 200.
Odier, t. 1, n° 135.
Rodière et Pont, t. 1, n° 484.
Devilleneuve et Carrette, note sur l'arrêt de Paris du 2 juin 1817, t. 5, p. 285.
Amiens, 3 mars 1815. Il a été cassé pour des motifs étrangers à la question, le 24 juillet 1816 (Devill., 5, 1, 219).

demment, ou même compromettre sciemment ses intérêts : la loi a dû porter son attention de ce côté. Occupons-nous donc d'abord de l'achat fait des parts indivises avec la part de la femme.

664. Le mode le plus régulier de le consommer, c'est lorsque le mari et la femme comparaissent à l'acte pour acheter la part qui doit mettre la chose en totalité dans les mains de la femme. La femme en se présentant à l'achat révèle son intention personnelle d'acquérir, ainsi que son affection de propriétaire, qui la porte à unir les parties nouvelles à la partie ancienne, pour former un tout homogène ayant nature de propre. Le mari intervient de son côté, à cause de la jouissance qu'il aura de la chose comme mari et maître de la communauté (1). Mais ce serait forcer le sens naturel des choses que de vouloir que le concours des deux conjoints donne à la chose la qualité d'objet de communauté. Il est évident que l'acquisition n'a eu lieu que pour conserver à la femme ce qui lui était propre et faire cesser l'indivision (2).

M. Toullier (3) n'est cependant pas de cet avis ; il ne veut pas qu'on puisse dire que l'immeuble est

---

(1) Pothier, n° 152.

(2) Caen, 25 fevrier 1837 (Devill., 38, 2, 154).
Colmar, 20 janvier 1831 (Devill., 32, 2, 355).

(3) T. 12, n°s 165, 166.
Junge M. Dalloz, t. 10, p. 197, n° 63.

propre de la femme ; elle ne l'a pas accepté pour tel d'une manière formelle ; elle a prêté son concours par complaisance : l'immeuble n'est donc qu'un conquêt.

Cette opinion de M. Toullier a été un sujet d'étonnement pour tous les légistes intelligents, et plusieurs m'ont communiqué leur surprise dans des lettres qui annoncent combien l'esprit de saine critique est répandu parmi nos hommes de loi. S'il est vrai de dire que la licitation, ou tout autre mode de partage, ne forme pas un titre nouveau, si la femme cohéritière ou communiste est censée avoir toujours joui de la totalité de l'immeuble, comment le concours du mari à l'acte pourrait-il changer l'essence du contrat, transformer un propre en acquêt, et faire qu'un partage ne soit pas un partage ? est-ce que la présence du mari n'a pas une signification tout autre que celle que lui attribue M. Toullier ? est-ce qu'elle ne s'explique pas par son intérêt comme ayant droit à la jouissance ? est-ce qu'on peut présumer qu'il a voulu, contre le vœu de la loi, supplanter sa femme par la communauté et trahir les intérêts de celle dont il est le conseil ? Non ! l'immeuble est évidemment propre ; nulle intention des parties n'indique la volonté d'en faire un conquêt ; et quand même elles l'auraient voulu, il n'est pas sûr qu'elles l'eussent pu (1). Le concours des deux époux s'explique de la manière la

---

(1) *Infrà*, n° 667.

plus simple, et l'on ne conçoit pas qu'un arrangement aussi naturel ait reçu une interprétation aussi forcée.

665. Alors même que l'acte porterait que l'acquisition est faite tant pour le mari que pour la femme, il n'en serait pas moins propre à la femme (1). Cette formule, bien que plus précise que celle que nous examinions au n° précédent, n'a cependant pas plus de portée. On devra l'interpréter avec les idées que nous avons exposées au n° 645 et qui vont au cœur de la difficulté. Il faut voir dans le mari le seul intérêt qui a pu le porter à figurer en nom dans l'acte, l'intérêt de chef de la communauté, qui doit recueillir les fruits.

666. Mais nous devons aller plus loin. S'il arrivait que le mari se fût rendu acquéreur ou adjudicataire en son propre et privé nom, il serait encore vrai de dire que la formule employée par lui ne devrait pas être prise au pied de la lettre, et qu'elle renferme un abus de mots, plutôt qu'un abus de pouvoir. Nous l'avons dit au n° 645, le mari procureur de sa femme est censé agir pour elle ; et s'il a mis son nom à la place du nom de sa femme, il ne

(1) Arg. d'un arrêt de Nancy du 18 mai 1838 (Dalloz, 39, 2, 18).
Amiens, 3 juin 1847 (Devill., 48, 2, 674).

faut pas que ce soit pour l'éliminer. La loi ne saurait admettre ce calcul astucieux ; elle veut que l'acquisition soit censée faite pour la femme ; c'est la femme qui a acquis de plein droit, sous le nom de son mari.

Serait-il raisonnable, d'ailleurs, que l'achat du mari mît une autre indivision à la place de celle que cet achat a fait cesser? Quoi! après avoir licité avec des cohéritiers, il faudrait ensuite liciter avec les héritiers du mari! L'indivision sera-t-elle incessante, et se renouvellera-t-elle au grand détriment de la femme? un tel résultat n'est pas admissible.

667. Il en serait de même si l'acte portait que l'acquisition a été faite par la femme et le mari, chacun pour moitié. On devrait voir dans cette clause un de ces formulaires dépourvus de valeur, et employés, sans intelligence, par un notaire malhabile. On ne supposera pas que les parties ont entendu aller contre le vœu de la loi. Qu'a-t-on voulu en réalité? faire un partage. Ce n'est donc pas pour créer une communauté nouvelle qu'on est sorti de l'indivision (1).

668. Maintenant arrivons au cas où c'est le mari qui est propriétaire de la chose, et où il fait l'achat. Ici il n'y a de difficultés que pour l'hypothèse où l'achat est déclaré opéré tant pour le mari que pour la femme.

---

(1) V. *Infrà*, n° 668.

La question s'est présentée devant la Cour de Nancy dans une espèce où le mari, copropriétaire d'une part indivise dans une maison, avait acheté le surplus de ses cohéritiers, en déclarant qu'il achetait, tant pour lui que pour sa femme, chacun pour moitié. La Cour a pensé, par arrêt du 18 mai 1838 (1), que malgré tout ce que cette clause avait de formel, elle n'était pas assez puissante pour infirmer la présomption légale déposée dans l'article 1408. Ce sont là le plus souvent des clauses de style employées hors de propos, et auxquelles il n'est pas prudent d'attacher trop d'importance. En supposant d'ailleurs que le mari eût voulu associer sa femme à son acquisition, il ne l'aurait pu qu'en dérogeant à son contrat de mariage : ce qui n'est pas permis. Force doit donc rester à l'art. 1408 : cet article est impératif ; il repose d'ailleurs sur des principes essentiels en matière de partage, à savoir, que l'immeuble acquis par l'un des cohéritiers ou copropriétaires, est censé avoir passé pour la totalité entre les mains de celui qui l'a acheté, et au même titre que pour la part qu'il possédait auparavant.

Cette décision nous semble bonne, juridique, équitable ; nous l'acceptons sans restriction (2).

669. Il est temps, à présent, de passer au droit

---

(1) Dalloz, 39, 2, 18.

(2) *Junge* MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 477.

d'option accordé à la femme et de développer les notions indiquées par nous au n° 646.

Le texte de l'art. 1408 en consacrant le droit d'option, nié dans l'ancien droit par quelques auteurs, maintenu par un plus grand nombre tant en pays de droit écrit qu'en pays coutumier (1), le limite au cas où le mari a acheté seul, et en son nom personnel, les portions de l'immeuble dans lequel sa femme a une part indivise. L'art. 1408 n'a pas voulu consacrer la rigueur du droit romain, qui obligeait une femme à devenir propriétaire, malgré elle, d'une chose achetée, à son détriment et à son insu, par le mari (2).

670. De ce texte sainement interprété résulte cette conséquence, à savoir, que la femme ne peut répudier l'acquisition, qu'autant qu'elle n'y a pas concouru ou acquiescé; et il est évident qu'elle n'y concourt pas quand le mari, procédant seul, achète pour lui-même, ou, ce qui est la même chose, pour la communauté qui se personnifie en lui.

671. Mais lorsque la femme a été partie à l'acte, elle ne peut aller contre son propre fait; elle n'est pas maîtresse de répudier un achat qui émane de sa volonté. Supposons, par exemple, que l'acquisi-

---

(1) *Suprà*, n° 646.
Et *infrà*, n° 690.
(2) *Suprà*, n°s 646 et 649.

tion soit déclarée faite au mari et à la femme, présents et acceptant conjointement (1) : la femme, par sa présence à l'acte, se l'est rendu personnel ; il ne lui est plus permis de revenir sur une détermination émanant d'une personne capable.

Il en serait de même si la femme avait donné pouvoir à son mari d'acheter pour elle et en son nom (2).

672. Mais *quid juris* si le mari ayant acheté pour sa femme, celle-ci venait ensuite déclarer qu'elle n'a pas donné de mandat? Je pense que l'art. 1408 ne saurait être invoqué par elle ; car le législateur a limité le droit d'option au cas où l'achat a été fait par le mari et pour lui-même : ici, il a été fait pour la femme, et il serait messéant à elle de venir nier l'existence d'un mandat attesté par son mari. De telles controverses auraient un caractère irrespectueux ; la loi, quoi qu'en pensent certains auteurs, trop peu soigneux de se renfermer dans son texte, ne permet pas de les soulever (3). L'option attribuée à la femme est un privilége exorbitant (4) ; n'en étendons pas la portée hors des cas prévus.

Et comment d'ailleurs la femme pourrait-elle

---

(1) *Suprà*, n° 664.

(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 493.

(3) *Contrà*, MM. Duranton, t. 14, n° 204.
Odier, t. 1, n° 138.
Zachariæ, t. 3, p. 427.

(4) Un arrêt de la Cour de cassation du 14 juillet 1834 (Dalloz, 34, 1, 281, et Devill., 34, 1, 533) la qualifie de *privilége*.

abandonner à la communauté une chose que la communauté n'a jamais eu l'intention d'acquérir? Que lorsque l'achat est fait pour le mari en nom, ou pour la communauté, la femme ait le droit de le laisser au compte de la communauté, je le conçois; la femme ne fait que rétorquer contre la communauté son fait et son acte. Mais lorsque la communauté n'a pas prêté son nom, lorsqu'elle n'a voulu rien usurper ni rien acquérir, la femme n'a pas de raison pour laisser l'achat à ses risques.

Tout ce qu'elle pourrait faire, ce serait de soutenir contre les tiers avec lesquels le mari a traité comme procureur, qu'ils ont contracté imprudemment avec une personne qui n'avait pas de mandat, et que le partage ne saurait tenir à leur égard.

673. Si l'achat avait été fait nommément pour la communauté par le mari et la femme, MM. Duranton (1) et Rodière et Pont (2) pensent que la femme serait en droit de le répudier à l'époque de la dissolution. Je crois en effet qu'on ne peut opposer, ici, à la femme sa propre volonté ; elle n'a voulu acquérir que pour la communauté, et non pour elle. En laissant la chose à la communauté, elle ne va ni contre la lettre du contrat ni contre son fait; elle maintient au contraire à l'acquisition sa couleur et ses déclarations. Sans doute, une présomption de droit fait supposer

---

(1) T. 14, n° 205.
(2) T. 1, n° 493.

que sa volonté d'acquérir pour la communauté n'a pas été libre, qu'elle a cédé à l'obsession du mari, qui l'a empêchée d'acheter pour elle-même ; et, par suite de cette présomption, l'immeuble est censé propre. Mais il n'en est pas moins vrai qu'à la dissolution du mariage, la femme n'étant liée par aucun fait personnel, peut soumettre la chose à un nouvel examen et renverser par son option la présomption de la loi.

674. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui où l'achat aurait été fait conjointement par le mari et la femme, sans dire qu'il est fait pour la communauté ; nous nous en sommes expliqué au n° 663. Dans cette dernière hypothèse, l'acquisition est faite pour la femme et par la femme ; elle y a été partie, elle ne saurait la répudier.

675. Si l'acquisition était faite pour le mari et la femme, chacun pour moitié, j'estime que la femme conserverait la liberté de son option, parce que j'assimile cette clause à celle d'une acquisition faite, pour la communauté. Sous l'empire de quelques coutumes, avant le Code civil, il était nécessaire, pour que la femme participât aux acquêts faits pendant le mariage, qu'elle fût nommée au contrat, et que le mari déclarât acheter pour lui et pour elle. C'était là une singularité assez fréquente dans les contrats très-anciens. C'est pourquoi, lors de la réformation, on s'appliqua, dans les coutumes inspirées par des notions plus vraies et plus sûres, à combattre

ce préjugé. Ceci explique le texte de la coutume de Lorraine qui disait : *Gens mariés entrent, dès la solennisation du mariage, en communauté d'acquêts et conquêts immeubles qu'ils font constant icelui*, SOIT QUE LES FEMMES SOIENT DÉNOMMÉES AUX CONTRATS D'ICEUX OU NON (1). Notez bien ces dernières paroles ; elles montrent qu'il y avait là de mauvais précédents contre lesquels la coutume protestait. Néanmoins les notaires avaient conservé l'usage d'insérer dans les actes faits pendant la communauté et pour la communauté, que *le mari acquiert pour lui et sa femme par moitié, et après eux pour leurs héritiers, successeurs et ayants cause :* évidemment cette clause était sans nécessité ; mais rien n'est plus obstiné que le formulaire des actes. Le style resta donc le même quoique la loi écrite eût levé toutes les équivoques, et l'on maintint dans les actes une clause surannée et vaine. Elle s'est perpétuée jusqu'à nos jours : malgré l'énergie de l'art. 1402, on la trouve dans beaucoup de contrats.

Mais que veut-elle dire?

Que l'acquisition a été faite pour la communauté : c'est là sa vraie signification. Or, si elle a été faite pour la communauté, elle n'a pas été faite pour l'intérêt propre de la femme ; la femme n'y a comparu que pour servir la communauté par une complaisance docile pour son mari. On ne peut lui opposer aucun acquiescement à un achat fait pour son propre

---

(1) Art. 6.

compte ; son option lui reste donc entière, car si elle a comparu à l'acte, ce n'est pas pour elle, ce n'est pas spontanément, ce n'est pas pour faire un acte libre et réfléchi d'adhésion qui lui puisse être opposé.

676. Maintenant, il y a un autre point à éclaircir. Est-il bien vrai, comme on le juge (1) et comme on l'a enseigné (2), que l'art. 1408 ne soit applicable que lorsque l'acquisition porte sur un immeuble déterminé ? Devrait-on priver la femme de son droit d'option si l'acquisition était un achat aléatoire, fait par le mari, des droits successifs mobiliers et immobiliers appartenant à ses cohéritiers? J'avoue que je ne comprends pas pourquoi il en serait ainsi ; et comme je ne donne mon adhésion qu'aux choses qui cadrent avec ma raison, je ne saurais me rendre l'écho d'une telle doctrine.

Pour la soutenir, on met en avant deux arguments.

Le premier est tiré de ces mots de l'art. 1408 : *portion ou totalité d'un immeuble appartenant à la femme ;*

Le second, de ce que le retrait est un privilége, et que tout privilége doit, par sa nature, être rigoureusement restreint dans ses limites ; que la loi ne prévoyant pas d'autre cas que celui où le

---

(1) *Suprà*, n° 655, l'arrêt de la chambre des requêtes du 25 juillet 1844.

(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 491.

mari s'est rendu acquéreur d'un immeuble ou de portion d'un immeuble, c'est-à-dire d'un corps certain et déterminé, l'art. 1408 ne doit pas être étendu à l'acquisition de droits indéterminés.

Rien de tout cela ne supporte l'examen.

Si la succession comprend avec les meubles un immeuble indivis, le mari acheteur des droits successifs n'a-t-il pas acheté par cela même cet immeuble, ou les parts des cohéritiers dans cet immeuble? Ce cas rentre donc forcément et nécessairement dans l'hypothèse de l'art. 1408; et dès lors que vient-on parler de privilége à circonscrire, et de texte légal à resserrer? L'achat, éventuel et aléatoire dans le principe, est devenu certain par la constatation des forces de la succession, et l'immeuble trouvé dans cette même succession est ce corps certain que l'art. 1408 a en vue.

Il est vrai que le prix, portant en bloc sur l'ensemble des droits mobiliers et immobiliers, ne pourra être précisé, en ce qui concerne l'immeuble, que par une ventilation : mais qu'importe?

A la bonne heure! ajoute-t-on (1). Mais ne voyez-vous pas les inconvénients qu'il y a à appliquer à une spéculation telle que l'achat des droits successifs, l'art. 1408? Que fera la femme? Elle

(1) V. les motifs de l'arrêt de Lyon du 19 juillet 1843, confirmé par l'arrêt des req. du 25 juillet 1844 (Devill., 44, 1, 616).

attendra la liquidation future; et quand les chances seront fixées, elle acceptera le marché si l'événement l'a rendu bon, elle le répudiera s'il est mauvais! Certes voilà une grande et belle découverte. Hé! ne voyez-vous pas à votre tour que c'est là toute l'économie de la loi, ainsi que le disait Me Bonjean devant la Cour de cassation (1), et que ce que vous croyez être un manque d'équité, est au contraire, au point de vue du législateur, un acte d'équité souveraine (2), afin que la femme ne soit pas chargée, malgré elle, des acquisitions imprudentes faites par son mari?

Terminons par une observation.

Si l'on se place un instant dans l'hypothèse de la première partie de l'art. 1408, si l'on suppose que les époux ont acheté conjointement, pendant le mariage, les parts des cohéritiers de la femme, qui pourra nier un instant que les immeubles compris dans cette acquisition ne sont pas des conquêts (3)? Or, puisque l'art. 1408 domine l'achat des droits successifs dans la première partie, pourquoi ne le dominerait-il pas dans la seconde?

677. Le droit d'option accordé à la femme par notre article, dans le cas où le mari a acheté seul

---

(1) Devill., 44, 1, 619.
(2) *Suprà*, n° 646.
(3) Amiens, 3 juin 1847.
Mon rapport, n° 16607, affaire *Delignière*.

et pour son compte, n'est pas exclusivement personnel; il passe aux héritiers de la femme (1).

Mais les créanciers de l'époux ne peuvent l'exercer à sa place. Ils ne peuvent sommer la femme de retirer pour elle l'immeuble que le mari a déclaré acheter pour lui, et faute par elle de le faire, ils n'ont pas droit de s'en prévaloir à sa place (2). Conçoit-on, en effet, qu'un créancier puisse, malgré la femme, faire un choix qu'elle ne veut pas faire? Ne serait-ce pas une grave atteinte à sa liberté?

On a cependant contesté ce point de droit. On a dit :

Les biens d'un individu sont le gage commun de ses créanciers (art. 2092 et 2093), et par le mot *bien*, on doit entendre tout ce qui procure une utilité. Le droit conféré à la femme est de ce nombre. Il peut être du plus grand intérêt pour elle de l'exercer. L'immeuble indivis, acheté par le mari, peut avoir acquis une grande valeur par un desséchement, un percement de rue, une voie de communication. Pourquoi la femme laisserait-elle cet avantage à la communauté? Pourquoi

---

(1) M. Duranton, t. 14, n° 203.

(2) Cass. ch. civile, 14 juillet 1834 (Devill., 34, 1, 533). (Dalloz, 34, 1, 281).
— Ch. des requêtes, 8 mars 1837 (Devill., 37, 1, 331).
Riom, 10 février 1836 (Devill., 36, 2, 186).
M. Odier, t. 1, n° 143.

ses créanciers ne pourraient-ils pas la forcer à opérer un retrait favorable à ses intérêts et aux leurs ?

L'art. 1408 est fondé sur la présomption que l'acquisition a été faite dans l'intérêt de la femme. Certainement, la femme aurait acquis elle-même si elle n'avait pas été en puissance de mari. Les créanciers qui veulent la contraindre au retrait, se mettent donc d'accord avec la présomption de la loi, avec la vraisemblance, avec le soin scrupuleux des intérêts de la femme (1).

En vain voudrait-on assimiler le retrait d'indivision au retrait successoral consacré par l'art. 841, ou au retrait lignager. L'un a pour but d'écarter les étrangers du partage, l'autre avait pour cause essentielle la conservation des biens dans les familles. On conçoit dès lors l'incapacité des créanciers pour exercer ces deux espèces de retrait. Mais rien de pareil ne s'oppose à l'exercice du retrait d'indivision par les créanciers de la femme. Ce retrait n'a été introduit que pour garantir la femme des suites de l'administration du mari (2).

678. Tout cela me paraît difficile à accepter, et je maintiens que la jurisprudence de la Cour de cassation est seule dans le vrai.

---

(1) M. Dalloz jeune, 34, 1, 282, note.
Junge MM. Zachariæ, t. 2, p. 339, note 34.
Rodière et Pont, t. 1, n° 494.

(2) *Id.*

Le choix de la femme repose sur des considérations dont elle est arbitre souveraine. Supposons que la femme sommée par le créancier, réponde qu'elle répudie l'acquisition : quel moyen le créancier aura-t-il de briser cette détermination, que la loi laisse à la pleine puissance de l'épouse? Est-ce que son option ne puise pas sa source dans des considérations personnelles qui tiennent à l'état de la femme, à sa position, aux rapports d'affection et d'intérêt qui naissent du mariage?

Tout privilége qui demande une acceptation précise du débiteur, ne passe pas aux créanciers; il ne peut être exercé par eux qu'avec le consentement du débiteur (1). C'est là une règle familière en cette matière. Or, ici l'achat du mari, bien que présumé fait dans l'intérêt de la femme, n'acquiert cependant ce caractère d'une manière définitive, que lorsque la femme a donné son acquiescement. Les créanciers ne peuvent donc la forcer à donner cette adhésion, pas plus qu'ils ne peuvent adhérer pour elle.

Insistons un moment sur ces idées. Pourquoi ne peut-on renoncer à une succession au préjudice des créanciers? parce que la succession s'acquiert *ipso jure*. Pourquoi un débiteur ne peut-il renoncer à une prescription acquise, au préjudice de ses créan-

---

(1) Lebrun, *Succession*, p. 196, liv. 2, chap. 2, sect. 2, n° 46,

Et Rousseaud de la Combe, v° *Créanciers*, n° 8.

ciers (1) parce que la prescription s'acquiert de plein droit, par le fait du laps de temps et sans qu'une déclaration de volonté soit nécessaire. Mais ici, il n'en est pas de même. Sans doute, la loi donne à l'acte fait par le mari la couleur d'un acte fait dans l'intérêt de la femme; sans doute, elle tient le mari pour le *negotiorum gestor* de sa femme, quelles que soient les expressions dont il s'est servi dans l'acte : mais il n'en est pas moins vrai que cette gestion d'affaires est de celles qui ont besoin de la ratification de l'intéressé (2). L'utilité de l'achat d'une propriété dépend d'une foule de circonstances dont une personne officieuse n'est pas toujours bon juge. Vous avez pensé qu'il m'était avantageux de me rendre acquéreur, sur licitation, de tel immeuble dont j'avais une part indivise; moi, au contraire, je ne veux pas avoir les ennuis de la propriété immobilière; j'aime mieux avoir des capitaux disponibles et d'un plus grand revenu : je répudie donc l'acquisition que vous avez faite, et malgré toutes vos bonnes intentions, je juge dans ma sagesse que l'affaire ne m'est pas convenable. J'en ai le droit; vous ne deviez faire cette affaire qu'avec un mandat de moi, parce que n'étant pas *certa et indubitata*, comme dit Casaregis (3), il

(1) Art. 2225 C. civ.
Mon comm. *de la Prescription*, t. 1, n°s 100 et suiv.
(2) Mon comm. *du Mandat*, t. 1, n°s 87, 88.
(3) Cité dans mon comm. *du Mandat, loc. cit.*

vous fallait *ratihabitio illius pro quo gestum fuit* (1).

Or, cette ratification est subordonnée à l'arbitrage de la personne intéressée, qui consulte ses convenances, ses goûts, son utilité particulière et privée, et l'on ne conçoit pas que des tiers puissent se rendre juges de ces motifs ; on le conçoit d'autant moins, lorsqu'il s'agit d'une épouse dont la volonté est influencée par des rapports d'affection conjugale qu'il faut laisser libres dans leur action. On a beau faire : on ne fera pas qu'une femme soit tenue d'acheter contre sa volonté ; et cette vérité, qui a fait intervenir l'art. 1408 contre le mari, n'a pas moins de force contre les tiers créanciers qui voudraient forcer la femme à acheter malgré elle.

Après cela, je ne dis pas que les exemples tirés du retrait successoral et du retrait lignager, soient bien concluants ; mais il n'est pas nécessaire de s'en prévaloir : on a vu que d'autres raisons décisives dominent notre solution.

679. A quelle époque doit se faire le choix de l'épouse ?

L'art. 1408 part de la dissolution de la communauté, et la Cour de cassation a décidé par arrêt du 25 juillet 1844 que l'option faite antérieurement par la femme, est prématurée (2). Ce qui est remarquable dans cet arrêt, c'est qu'il juge ce point de

(1) Casaregis, *loc. cit.*

(2) Req. 25 juillet 1844 (Devill., 44, 1, 618, 619).

droit non pas dans l'intérêt de la femme, mais contre elle et en lui opposant la précipitation de son choix.

Au contraire, la Cour de Lyon, par arrêt du 20 juillet 1843 (1), partant de cette idée, que c'est l'intérêt de la femme qui a préoccupé le législateur, a décidé que l'art. 1408 n'est qu'indicatif, et que toutes les fois que la femme a intérêt à faire son option avant la dissolution de la communauté, elle doit y être reçue.

C'est, à notre sens, cette opinion qui est la bonne; il ne faut pas tourner contre la femme une disposition introduite en sa faveur. Bien que les actes de disposition faits par le mari au préjudice du droit de la femme, soient résolubles sur la demande de celle-ci, il n'en est pas moins vrai que la femme a souvent intérêt à prévenir ces actes de disposition : c'est en déclarant sa volonté de rester propriétaire qu'elle peut y parvenir, et empêcher que son bien ne passe en d'autres mains par des ventes, saisies réelles, partages, etc. Sans doute, on ne saurait forcer la femme à faire son option avant la dissolution du mariage (2) ; mais si d'elle-même et spontanément elle fait son choix, sa résolution doit être respectée.

On dira peut-être que cette option de la femme,

---

(1) Dalloz, 44, 2, 197.
Devill., 44, 2, 319.

(2) Riom, 29 mai 1843 (Devill., 44, 2, 243, 244).

faite constant le mariage, peut avoir été influencée par son mari, et qu'il est dangereux de lui permettre le droit d'option alors qu'elle est encore sous l'influence maritale. Mais je réponds que la femme mariée en communauté est pleinement capable de s'obliger avec l'autorisation de son mari; j'ajoute que lors même que son engagement serait susceptible d'être rétracté, ce qui est au moins douteux dans ce cas particulier, l'exception de nullité ne devrait profiter qu'à elle, sans qu'on pût la lui rétorquer.

Et puis remarquons ceci :

Dans quelle hypothèse est rendu l'arrêt de la Cour de cassation? dans l'hypothèse d'une femme qui avait déclaré vouloir demeurer propriétaire de la chose. Or, si la femme avait comparu à la licitation avec son mari, on trouverait son engagement sérieux, valable, irréformable. Pourquoi donc cet engagement serait-il vicieux parce qu'à un achat fait par le mari seul, la femme vient ensuite joindre son adhésion? Est-ce qu'il y a une différence sérieuse entre ces deux cas?

Au fond la femme est capable, et il est évident qu'il y a une foule de cas où il est de son intérêt de devancer la dissolution de la communauté pour faire son option (1).

680. Le droit d'option périt par trente ans (2);

---

(1) *Contrà,* MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 495.

(2) MM. Toullier, t. 12, n° 168.

Dalloz, t. 10, p. 197, n° 61.

au bout de ce temps, l'immeuble acquiert au plus haut degré le caractère de propre que la loi présume en lui.

Il y en a qui pensent au contraire que le laps de trente ans prive la femme du retrait, et maintient l'immeuble dans la communauté : ils ne font pas attention à la première partie de l'art. 1408, qui décide que l'immeuble ne forme pas un conquêt (1).

681. Du reste, le mari ou ses héritiers peuvent exiger que la femme ou ses représentants fassent option lors de la liquidation de la communauté ou des reprises de la femme (2); ceux-ci ne doivent pas s'y refuser ; c'est là un moment décisif qu'il n'est pas bon de laisser passer sans fixer les positions et prendre qualité. C'est probablement parce que la femme n'avait pas été sommée de se prononcer, et que les représentants du mari n'avaient pas pressé son choix d'une manière assez positive, qu'a été rendu un arrêt de la Cour de Bordeaux du 6 août 1834 dont voici l'espèce :

Campagnac avait acquis en l'an XI, sous son nom personnel, les parts des cohéritiers de sa femme dans les successions indivises des père et mère de celle-ci.

---

(1) *Suprà*, n° 648.

(2) MM. Delvincourt sur l'art. 1408.
Duranton, t. 14, n° 210.
Zachariæ, t. 3, p. 428.
Rodière et Pont, t. 1, n° 495.

La femme Campagnac institua les époux Rozère pour ses légataires, et après sa mort, ces derniers restèrent en possession par indivis des biens qui avaient été l'objet de l'acquisition de l'an XI.

D'un autre côté, les époux Viveille avaient été institués par Campagnac donataires de ses immeubles. Campagnac étant aussi décédé, les époux Viveille actionnèrent les époux Rozère pour être remplis, en biens-fonds, des acquisitions faites en l'an XI par le mari.

Un jugement du tribunal de Sarlat du 17 mai 1831 les déclara non recevables : « Attendu que cet acte renferme en faveur de Campagnac, qui a traité seul, et en l'absence de sa femme, une véritable vente de droits réels, successifs, indivis avec cette dernière ; que ledit Campagnac, personnellement acquéreur, *n'est point devenu propriétaire incommutable des objets vendus, ainsi que s'en explique le paragraphe* 2 *de l'art.* 1408 *du Code civil;* qu'il est resté assujetti à une option accordée par la loi à la femme ou à ses héritiers, celle de garder les objets acquis en en remboursant le prix, ou de les abandonner en se faisant indemniser de la portion que la femme y avait ; — attendu que cette option est ou peut être encore tout entière dans les mains des héritiers de la femme Campagnac ; que pouvant encore en user, ce serait tout au plus dans le cas où ils garderaient les droits vendus, que les époux Viveille, invoquant la donation, pourraient former contre eux la demande qui est la matière du présent litige. »

Et par arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux du 6 août 1834, adoptant les motifs des premiers juges, cette décision a été confirmée (1).

Cet arrêt a été sévèrement traité par les auteurs (2); on ne peut le défendre qu'*en* disant que les demandeurs n'avaient pas posé leurs conclusions avec assez de précision.

682. L'option de la femme peut résulter des circonstances du fait; il n'est pas nécessaire qu'elle soit expresse ou solennelle.

683. Les résultats de l'option donnée à la femme se traduisent en deux alternatives fort simples.

Si elle garde l'immeuble, elle exerce ce que l'on est convenu d'appeler le *retrait d'indivision*, expressions qui ne manquent pas de justesse, car les choses sont disposées de manière que c'est presque toujours la femme qui est obligée d'aller chercher la chose dans les mains du mari ou de ses héritiers: de la *retirer*, comme dit notre article, de la *retraire*, comme disent les praticiens: le mari qui l'a achetée en a la possession.

Quand la femme exerce ce retrait d'indivision, elle doit à la communauté le prix de l'acquisition; rien de plus, rien de moins. Par ce mot *prix*, la loi

---

(1) Dalloz, 35, 2, 46, 47.
Devill., 35, 2, 61.

(2) MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 495.
Odier, t. 1, n° 141.

entend non-seulement le prix principal, mais encore les accessoires, frais et loyaux coûts (1).

684. Si, au contraire, elle abandonne l'immeuble à la communauté, celle-ci doit à l'épouse la part de prix de licitation, correspondant à la part d'immeuble qu'avait la femme.

685. Mais ce n'est pas toujours par licitation que se vend l'immeuble; le mari peut avoir acheté de gré à gré la part des cohéritiers de la femme, celle-ci restant propriétaire du surplus. Ceci posé, quel est le sort de la part de la femme, quand celle-ci refuse d'accepter pour son compte le marché du mari? faut-il que la communauté prenne la part de la femme pour la réunir aux autres parts, sauf à lui tenir compte de la valeur de cette part dans la proportion du prix payé par le mari? c'est l'avis de M. Duranton (2). Mais MM. Rodière et Pont en contestent la légitimité (3); ils aiment mieux dire avec M. Toullier (4), et comme l'enseigne Valin, qu'ils ne citent pas (5),

(1) Mon comm. *de la Vente*, t. 1, n° 161.
(2) M. Duranton, t. 14, n° 206.
(3) T. 1, n° 496.
(4) T. 12. n° 167.
(5) Sur la Rochelle, t. 1, p. 493, n° 28.
« La femme ne peut souffrir aucun préjudice dans ses pro-
» pres; elle peut même y gagner par la faculté qu'elle a de
» retenir les portions acquises de ses copropriétaires en
» payant la récompense à la communauté, ou de les laisser,
» en ce cas, pour le compte de la communauté, *en conservant*
» *seulement sa portion personnelle.* »

que la femme conserve sa part en nature, sauf à faire un nouveau partage avec les héritiers de son mari. Nous croyons cependant qu'il suffit de lire l'art. 1408 pour voir clairement que c'est l'opinion de M. Duranton qui est la vraie. Cet article prévoit précisément le cas où le mari n'a acheté qu'une portion de l'immeuble. Eh bien! même dans cette hypothèse, il veut que ce soit l'objet tout entier qui soit abandonné à la communauté, sauf à indemniser la femme de la part à elle appartenant. En un mot, le texte de l'art. 1408 ne fait aucune différence entre l'achat de la totalité de la chose et l'achat des parts des copropriétaires.

Et la raison veut qu'il en soit ainsi.

Quel est donc le motif qui empêche la femme de prendre pour elle le marché du mari? c'est probablement qu'elle le trouve trop cher et trop onéreux. Or, si on lui paye sa part à ce prix, si élevé d'après elle-même, quel motif aurait-elle de demander un nouveau partage? pourquoi ne pas considérer l'affaire comme terminée moyennant cette légitime indemnité?

686. Le retrait d'indivision est une faveur et un privilége, ainsi que nous l'avons dit bien des fois: mais si ce retrait d'indivision se trouve en concours avec le retrait successoral prétendu par des tiers, lequel des deux retraits sera préférable?

Cette question s'est présentée dans une espèce jugée par la Cour de cassation, et dont nous nous

sommes déjà occupé (1); nous n'en rappellerons pas les faits; nous nous bornerons à citer ce considérant de l'arrêt : « Attendu, d'ailleurs, que dans le concours » tel que le présente la cause, entre le droit d'option » prétendu par la dame de Montirol et le retrait suc- » cessoral prétendu par les défendeurs éventuels, il » faut reconnaître que ce dernier droit (le retrait » successoral), affectant les droits successifs acquis » par le sieur de Montirol, dès le moment que celui- » ci en est devenu propriétaire, a dû par cela même » primer le droit d'option, nécessairement subor- » donné à cette acquisition, puisqu'il ne peut exister » sans elle. »

Le mérite de cette solution dépend du point de droit que nous avons examiné aux nos 648 et suivants. Si le mari qui a acheté en son nom est réputé propriétaire de la chose jusqu'au retrait, l'arrêt dont nous venons de citer un fragment est excellent. Mais si, comme nous le croyons fermement, l'immeuble est, de droit, un propre de la femme, si c'est la femme qui est censée avoir acheté par les mains de son mari, l'arrêt ne saurait se soutenir, car le retrait successoral manque de base. Les cohéritiers de la femme ne peuvent l'exercer que contre un étranger et non contre la femme.

687. L'art. 1408 a été fait pour le régime de la communauté; sa place et son texte l'indiquent suffisamment.

---

(1) *Suprà*, no 652.

Peut-il être transporté cependant dans le régime dotal?

Cette question en embrasse deux : l'art. 1408 s'étend-il aux parts indivises du bien dotal achetées par le mari? s'étend-il aux parts indivises du bien paraphernal achetées par le mari ?

A l'égard du bien dotal, il serait bien difficile que l'art. 1408, malgré son encadrement, ne dominât pas les licitations faites au nom du mari, et éliminant les cohéritiers de la femme. Le germe de l'art. 1408 a été tiré de la loi 78, § 4, D., *de Jure dotium*; c'est cette loi qui, précisément à l'occasion d'un bien dotal, indivis avec d'autres personnes, lesquelles avaient vendu leur part au mari, a eu la première pensée de voir dans ce même mari un procureur tacite de sa femme (1). On peut dire dès lors que l'art. 1408 appartient au régime dotal plus encore qu'au régime en communauté; les auteurs qui ont écrit sur la dot dans l'ancienne jurisprudence se sont accordés pour constater ce rôle du mari (2).

688. Il est même certain que les arrêts avaient étendu jusqu'à l'acquisition des parts indivises de l'immeuble paraphernal la présomption de mandat

---

(1) *Infrà*, nos 3050 et suiv.

(2) Despeisses, t. 1, p. 502, col. 2, et p. 534, col. 1, n° 78. Journal des arrêts du parlement de Toulouse de M. de Juin, arrêt du 28 juillet 1770, rapporté t. 2 du supplément.

M. Tessier, *Dot*, t. 1, p. 276, 277.

dans la personne du mari. Et pourquoi en aurait-il été autrement? Puisqu'au point de vue de la loi 78, § 4, D., *de Jure dotium*, le mari, en se rendant acquéreur, est censé n'avoir voulu qu'opérer un partage dans l'intérêt de sa femme, il est évident que cette intention est également présumable, soit que le bien soit paraphernal, soit qu'il soit dotal. Agissant pour faire cesser l'indivision avec des étrangers, il n'est pas censé avoir voulu la continuer avec sa femme et constituer un droit rival du droit de celle-ci. Aussi voici ce que nous lisons dans Roussilhe :

« Si le mari s'est rendu adjudicataire d'un héritage vendu par licitation, et dont sa femme lui avait apporté la moitié indivise en dot (1), quoique cet héritage ne soit dotal à la femme que pour la moitié, néanmoins, elle peut forcer les héritiers de son mari à lui abandonner la totalité dudit fonds en leur remboursant la somme que le mari aurait payée, parce qu'il n'est devenu acquéreur de cette moitié qu'en vertu de l'action qui appartenait à sa femme contre ses copropriétaires à fin de partage. Le parlement de Toulouse a même jugé, par arrêt du 28 juillet 1770, rapporté au tome 2 du supplément du Journal de M. de Juin, que l'acquisition faite par le mari des maisons joignant celle de sa femme, qu'elle avait en bien paraphernal, et qui en avait anciennement fait partie, les ayant unies, il était présumé avoir fait ladite acquisition pour sa femme ; et l'on ne lui accorda que

(1) V. *infrà*, n° 3050.

le prix de l'acquisition, les loyaux coûts et réparations (1).

689. Ces idées formaient le droit commun. Il paraît cependant qu'elles n'étaient pas admises en Normandie (2). Mais comme elles étaient fondées sur l'équité, elles ont prévalu sous le Code civil. (3). Les arrêts, en grand nombre, ont décidé la question dans le sens des auteurs anciens, soit lorsque le mari a acheté, en son nom, des cohéritiers de la femme, les parts indivises du bien dotal (4), soit lorsqu'il a acheté les parts indivises du bien paraphernal (5). Il est maintenant reconnu que le mari n'agit en pareil cas que comme procureur de sa femme et exerçant ses actions (6).

690. Mais la femme dotée aura-t-elle l'option

---

(1) Roussilhe, *de la Dot*, t. 2, n° 356.

(2) Arrêt de la Cour de cassat. du 22 mars 1841 (Devill., 41, 1, 305), fondé sur une interprétation de l'art. 410 de la coutume.

(3) MM. Rodiere et Pont, t. 1, n° 487, et t. 2, n° 645.

(4) Riom, 29 mai 1843 (Devill., 44, 2, 243).
Benoît, *de la Dot*, n° 244.

(5) Limoges, 12 mars 1828 (Dalloz, 29, 2. 127),
et 23 décembre 1840 (Devill., 41, 2, 426, 427).
Riom, 20 mai 1839 (Devill., 39, 2, 314).
Lyon, 20 juillet 1843 (Devill., 44, 2, 319).
(Dalloz, 44, 2, 197).
Toulouse, 19 janvier 1835 (Dalloz, 35, 2, 79).

(6) *Suprà*, n° 653.

imaginée par le droit coutumier pour le meilleur intérêt de la femme commune, option que le droit romain refusait formellement (1)? La négative, enseignée par M. Bellot des Minières (2), n'a pas trouvé d'approbateurs (3). La raison à laquelle s'attache cet auteur est que, sous le régime dotal, le mari est, quant aux actions immobilières de la femme, le représentant légal de son épouse (4). Mais cette proposition ne me paraît pas trancher la question. Je ne suis pourtant pas de ceux qui croient que le mari n'a pas le droit de provoquer un partage sans le consentement de sa femme; on verra plus bas (5) mon opinion développée sur cette question. Mais ce qui est décisif ici, c'est que si la licitation renferme un partage que je crois être dans le droit du mari, elle contient quelque chose de plus qu'une détermination de part; elle renferme l'acquisition de la part d'autrui; elle augmente le domaine de propriété de la femme. Or, le mari n'a pas le droit de se rendre acquéreur pour elle sans son consentement; il n'est pas le procureur-né de sa femme, sur ce point, au

(1) *Suprà*, nos 646, 649.
(2) T. 4, p. 143.
(3) Cassat. req. 8 mars 1837 (Devill., 37, 1, 331).
Riom, 10 février 1836 (Devill., 36, 2, 186).
Limoges, 23 décembre 1840 (Devill., 41, 2, 426).
Riom, 29 mai 1843 (Devill., 44, 243, 2).
Limoges, 12 mars 1828 (Dalloz, 29, 2, 127).
(4) Art. 1549 C. civ.
(5) *Infrà*, sur l'art. 1549, n° 3108.

même degré qu'il l'était dans le droit romain, si sévère à l'égard des femmes, si enclin à les empêcher de paraître dans les affaires publiques (1). Il faut donc que la femme puisse se faire relever, par son option, d'une acquisition qui peut lui être onéreuse. Nous ne nions pas du reste que le mari ne soit censé avoir agi avec l'intention de faire l'avantage de sa femme ; mais comme il n'a pas eu son mandat, il faut qu'elle soit appelée à se prononcer sur l'opportunité de la mesure.

691. Quant à l'époque de l'option, voici une bonne solution de la jurisprudence : s'il s'agit d'un bien dotal, la femme est admise à se prononcer jusqu'au moment où elle règle ses droits ; mais si ce sont des biens paraphernaux, elle doit faire son option après l'acquisition (2), et elle ne saurait retarder, quand elle en est requise, la manifestation de sa volonté. En effet, le régime paraphernal est un régime de séparation ; il n'y a ni dissolution de communauté à attendre, ni règlement de droits dotaux à liquider.

---

(1) *Infrà*, n° 1004.

(2) Limoges, 12 mars 1828 (Dalloz, 29, 2, 127). *Junge* MM. Rodière et Pont, t. 1, n° 495.

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE SOMMAIRE

DES MATIÈRES

DU PREMIER VOLUME.



